



6292

A I

1

31

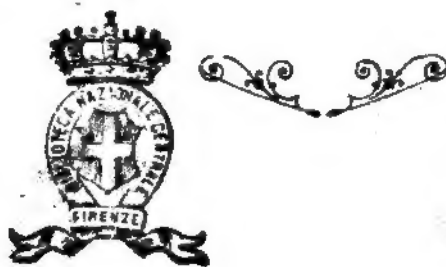
LEZIONI

DI

PROCEDURA PENALE

DEL

Chiar.^{mo} Sig. Prof. **EMILIO BRUSA**

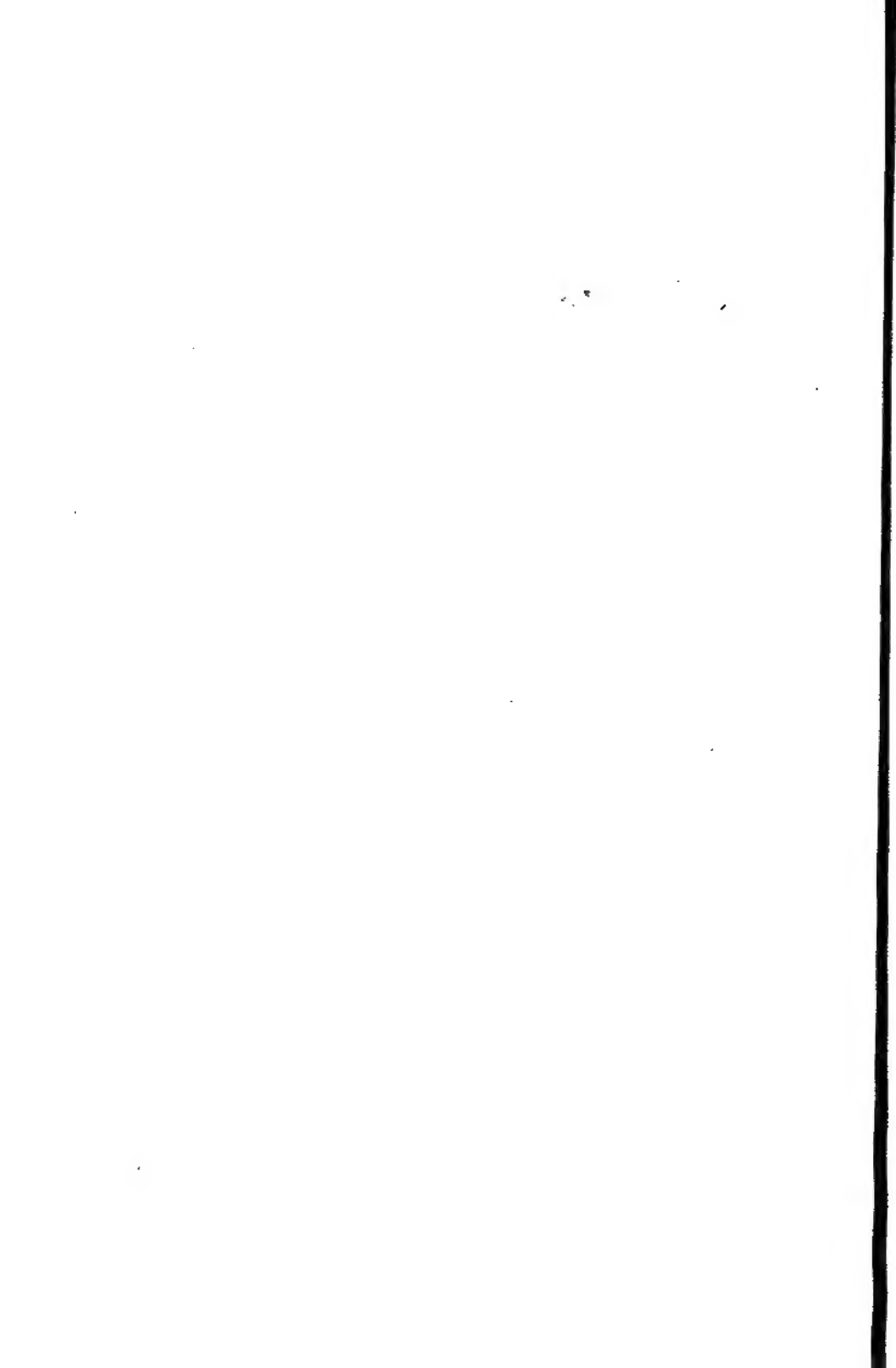


1899

TORINO

TIPOGRAFIA INDUSTRIALE DI MARCO OVAZZA

Via Galliari, N. 7



1. Polizia giudiziaria. — Vi sono due modi d'intenderla. Lo stesso *Faustin Hélie*, nel suo *Traité d'instruction criminelle* (Vol. III, n. 55) mescola nella polizia giudiziaria i diritti di *poursuite* con quelli d'*instruction*, mentre più tardi (Vol. IV, n. 412) combatte energicamente tale miscela.

Ed invero l'imparzialità dell'istruttore richiede che lo si spogli dei diritti di persecuzione, perchè altrimenti viene ad assumere la qualità di accusatore.

Infatto il giudice istruttore francese è ancora l'antico persecutore ed esercita funzioni giudiziarie, e lo stesso vale anche per i giudici istruttori degli altri paesi. Se si ammette che il giudice possa agire da persecutore, ugualmente deve ammettere il viceversa. Anzi è quasi più pericoloso che il giudice unisca la qualità d'accusatore, che non il contrario, perchè almeno l'accusatore non pretende, come il giudice, d'essere imparziale, di possedere in certi atti la obbiettività maggiore possibile, ma siccome il giudice con gli atti di parte perde il diritto al *decorum* di tale imparzialità, così ne è offeso lo stesso prestigio della giudicatura. Meglio d'un giudice *suspiciosus*, addirittura l'accusatore.

L'art. 56 del nostro Codice di Procedura Penale delimita le funzioni della polizia giudiziaria, restringendole all'oggetto di ri-

cercare i reati d'ogni genere, di raccoglierne le prove, e fornirne all'autorità giudiziaria tutte le indicazioni che possano condurre allo scoprimento degli autori; degli agenti principali e dei complici.

L'art. 57 mette a capo di essa il procuratore generale presso la corte d'Appello, e il procuratore del Re presso il Tribunale penale, ma se ciò è vero gerarchicamente, non lo è nella pratica, perchè la direzione delle ricerche spetta al giudice istruttore. Però il Procuratore del Re può intervenire ad ogni atto, ciò che peggiora la situazione del giudice, perchè egli viene a trovarsi in una posizione inferiore, spettando al Procuratore del Re il sindacato disciplinare, ed essendo questi, come rappresentante del potere politico che fa capo al ministro, giudice della condotta di tutti i funzionari.

Il Codice francese all'art. 8 dice :

« La police judiciaire recherche les crimes, les délits et les contraventions, en ressemble les épreuves, et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir. »

Questa definizione fa della istruzione un'opera della polizia giudiziaria, ciò che è un errore. Come mai si vuole pretendere che una istruzione, che si esegue secondo i rigorosi principii inquisitorii e la quale sta sotto la direzione di un giudice munito di una enorme facoltà, una istruzione che può essere terminata soltanto con un *pronunciato giudiziale*, sia una istruzione di polizia giudiziaria, mentre ad essa manca il requisito sostanziale d'una siffatta istruzione, cioè la indipendenza del giudice?

Si sa che i Francesi rispondono con Hélie (Vol. III, n. 55) che *le droit de la police judiciaire est donc contenu dans le droit du juge*. Così al giudice istruttore non si dà altra posizione che quella della polizia giudiziaria, ritenendo che questa polizia sia compresa nelle competenze del giudice stesso. È dunque per tal modo, inteso che anche quando gli ufficiali di polizia giudiziaria operano per virtù d'una delegazione speciale, sempre è lo stesso giudice istruttore che opera per mezzo loro.

Il vero è invece, che il giudice *fu*, un tempo, funzionario della polizia giudiziaria, ma ora non è più tale.

Il Codice nostro fu più esatto, ma in pratica la definizione prende l'identico senso, e vi si riscontra la stessa contraddizione che già abbiamo avuto occasione di riscontrare nel trattato del dotto scrittore francese.

La polizia giudiziaria ridotta alle funzioni di scoprire i reati e raccoglierne le prove, è un istituto che si accentra nella polizia amministrativa e preventiva. Il giudice istruttore vi è solo per la garanzia di imparzialità, e anche per quella di autenticità, sebbene all'autenticità basterebbero i testimoni giudiziali.

L'essenziale si è che la polizia giudiziaria non abbia giurisdizione, intesa questa parola nel suo più ampio significato, cioè comprensiva della *litis ordinatoria*, come di tutte le eccezioni all'azione. E avrebbe invece anche giurisdizione, se, come la s'intende nel diritto francese, avesse potestà di rinviare a giudizio definitivo. Questo rinvio, infatti *in se* è atto di *parte*, non di giudice, ma, assumendolo il giudice istruttore (e con lui la Camera di Consiglio e la Sezione d'Accusa), riveste un carattere necessario, inevitabile, di giurisdizione è atto d'imperio, non diritto di facoltà. Come diritto di facoltà l'imputato dovrebbe potere, come in Austria, farvi opposizione, come pure rinunciare alla deliberazione giudiziale dell'accusa. Ciò da noi e in Francia non può: dunque il Giudice che rinvia fa atto d'imperio. In altre parole, per essere passato dalle mani dell'accusatore in quelle della magistratura istruttoria, il giudizio di rinvio a dibattimento ha preso il carattere proprio del magistrato giudicante, che è quello dell'imperio.

S'aggiunga che presso di noi la Camera di Consiglio può fare operazioni attinenti all'istruttoria, ordinando atti ulteriori di ricerca, e questa è un'altra volta funzione istruttoria persecutoria.

Lo stesso può dirsi della Sezione d'Accusa, essa pure quando trova imperfetta l'istruzione, può rinviarla all'istruttore per un'ulteriore istruzione, oppure ritenersi la causa.

È opportuno notare che la *Chambre d'accusation* francese non ha bisogno di provvedere per un *amplius* di requisitoria; perchè diventa essa stessa un vero magistrato inquirente.

Presso di noi occorre invece la requisitoria del Procuratore generale, il quale domanda l'avocazione della causa, potere che non spetta mai alla Camera di Consiglio.

Anche nel procedimento nostro c'è dunque in parte una conferma del carattere inquisitorio, carattere che traspare anche dal fatto che quando giudice istruttore, Camera di Consiglio, Sezione d' Accusa si convincano di non esservi materia d'esecuzione possono rilasciare provvisoriamente l'imputato per insufficienza d'indizii o di prove dichiarando non luogo a procedere; e qui a questo proposito si sarebbe dovuto stabilire un limite al valore di questa deliberazione; ma il nostro Codice mantiene la prescrizione ordinaria dell'azione dal giorno in cui avvenne la dichiarazione. Il Carrara trovava indegno tale principio. Invece il Codice del Romagnosi pel Regno Italico segnava un termine di due anni per riassumere l'istruzione. Il Codice delle Due Sicilie stabiliva che il *non consta* abbia il valore della durata di due anni soltanto. Noi s'è invece ribadito il concetto della confusione delle funzioni obbedendo al principio inquisitorio, cosa difficile certo a chiarirsi specialmente quando si tratta di atti di questa natura. Il legislatore deve persuadersi che è impossibile separare in questa prima fase le due funzioni: per delimitarle il giudice che interviene nell'istruttoria non deve avere che due facoltà:

- 1°) autenticare gli atti importanti dell'istruzione;
- 2°) giudicare se si debba o no confermare l'arresto, se si debba o no sequestrare, fare un sopralluogo, una visita domiciliare, ecc., ecc.

Tutti questi sono atti di vero giudizio, data l'impossibilità d'una istruzione diretta, pronta, sommaria, per garantire anche la parte minacciata. Negli altri atti non è punto necessario l'intervento del giudice.

Cerchiamo adunque di fissare il nostro concetto su ciò che deve essere la *polizia giudiziaria*.

Essa è un istituto a disposizione di chi è incaricato dell'istruzione e in un processo a forma accusatoria non v'è alcuna giuridica distinzione tra istruzione semplice preliminare e inquisizione speciale, che fu introdotta dal processo inquisitorio e fu risentita dalla funzione della polizia giudiziaria stessa.

Nel processo inquisitorio l'istruzione si compie dall' autorità giudiziaria.

Nel processo accusatorio, in cui si subisce con necessità l'istruzione formale, ne diventa strumento la polizia giudiziaria. Questa opera o soltanto per incarico, come aiuto del giudice istruttore, oppure presta il suo ufficio anche cumulativamente a vantaggio del Procuratore del Re, in una procedura intermedia di carattere misto, tra la procedura formale e la sommaria, in cui pur possa intervenire formalmente l'accusatore.

È opportuno conoscere come la pensi il Planck a proposito della polizia giudiziaria.

« La differenza dalla (istruzione preliminare) giudiziaria sta quindi non propriamente nel *fine*, non nelle *fonti* della cognizione da usufruirsi, e neppure nei *mezzi* a tal fine ottenuti, ma in ciò, che la direzione e la formazione del conchiuso sopra l'istruzione preliminare giudiziaria dipenda dal criterio del tribunale così che la Procura di Stato possa far valere la propria opinione soltanto nella forma di proposte e gravami (opposizioni) dinanzi al tribunale preposto, mentre essa sia autonoma, indipendente affatto sotto ambi i rapporti da quella di polizia. Le fonti della cognizione sono le medesime che trovansi a disposizione anche del giudice istruttore. Nei mezzi da ottenersi a tal fine, la procura di Stato è per altro limitata per ciò che essa manca del potere coercitivo che le leggi hanno con ragione affidato all' amministrazione di un tribunale. »

Il Procuratore del Re quindi dovrebbe far valere la propria

autorità davanti al giudice istruttore non come comandante a strumento suo, ma come proponente. In Italia però s'è fatto il contrario collocando il Procuratore del Re al disopra del giudice istruttore.

Recentemente lo Swinderen che fu per ben trentatrè anni nella pratica giudiziaria, sostenne che debbasi sopprimere il giudice istruttore.

Noi non dividiamo tale opinione, ritenendo necessario il giudice istruttore per più ragioni:

1^a Sonvi atti che non possono avere carattere di parte, ma debbono avere un carattere imparziale, obbiettivo, dove cioè l'attività istruttoria consiste in un giudizio esplicito od implicito (perquisizioni, visite domiciliari, sequestri, arresto, negata o data libertà provvisoria, cauzione). L'atto di parte in questi casi sarebbe sospetto, mentre ciò non deve essere, perchè in tali casi si sacrifica un diritto, una naturale libertà che deve essere garantita;

2^a) Il Procuratore del Re o il Pubblico Ministero, o l'accusatore in genere nell'istruire è meno minuzioso, paziente, che un giudice, il quale sa che fa gli atti per gli atti, disinteressato nella finalità ultima; ciò che non è pel Pubblico Ministero tratto a muovere a passi rapidissimi dalla natura della sua funzione.

3^a) La parte è attiva ed energica e sospira l'effetto della sentenza, affinchè s'imprima nella coscienza dei consociati, sia coll'assoluzione o colla condanna.

Tutto ciò conduce a questa conclusione: per quel che riguarda le istruzioni lente e lunghe, il Pubblico Ministero è disadatto, e ci darà sempre una istruzione monca e fallace, che si appaleserà poi a dibattimento.

Noi allora trattandosi di prove che nella essenza ordinaria sono orali, ripugnanti a una revisione sul giudizio delle prove, saremmo trascinati a supplire mediante l'introduzione d'un istituto eminentemente inquisitorio: l'appello. Potrebbe allora esa-

minare i vantaggi e gl'inconvenienti di questo, di fronte alla funzione affidata all'accusatore, piuttostochè all'istruttore.

Del resto occorre notare che l'antipatia giurata contro il giudice istruttore si fonda sul fatto delle memorie del processo inquisitorio e del sindacato politico a cui il giudice è soggetto, ma in verità, collocato nel suo vero posto indipendente, cadono tutte le antipatie.

Occorre soprattutto che egli non compia per l'appunto che quegli atti che hanno bisogno di giudizio.

Quindi bisognerebbe prima di tutto togliergli la facoltà di inviare a giudizio. Ad esempio, l'art. 252 del Codice di Procedura Penale che dà facoltà alla Camera di Consiglio di rinviare l'imputato innanzi al pretore, se riconosca che per lo stato di mente o per altre circostanze che diminuiscono la pena, escluse le attenuanti prevedute nell'art. 59 del Codice penale, ovvero per la tenuità del reato, si possa far luogo rispetto a tutti gli imputati alla applicazione di una pena che non superi la competenza del pretore, fa del giudice istruttore un giudice voluttuario e volontario, non necessario. La natura degli atti istruttori non muta coll'affidarli alla polizia o al giudice; siano essi d'istruzione semplice o di costituito obbiettivo, l'unica differenza esiste con la polizia preventiva che previene, non coll'altra che interviene solo a reato compiuto: tal dualismo quindi d'istruzione è un ingombro dannoso pel procedimento. E del resto perchè tanto fervore pel Procuratore del Re? A dire il vero noi non lo sentiamo, perchè è un figlio del poter politico, che ai difetti antichi ne ha aggiunti dei nuovi. (Vedi Giovanni Carcano — Del Pubblico Ministero — 1868).

Il Pubblico Ministero ha il vantaggio della rapidità nelle cause di minore importanza. Notiamo che la competenza del giudice medio è molto grande, ciò che costituisce un'occasione di remora per non correre troppo nell'affidare al Procuratore del Re di chiamare a citazione diretta cause che sarebbero gravi,

per l'entità non solo, ma soprattutto per la *difficoltà dell'istruzione* della prova che può pur darsi per cause di media entità. Quando però la causa sia di facile istruzione e si possa procedere sommariamente, è bene non rinunciarvi, e non imbrancarsi in un giudizio lento, con sacrificio della libertà dell'imputato. Il nostro Codice di Procedura Penale all'art. 46 ammette le cause per citazione direttissima (termine assurdo, perché non v'è citazione), in cui si prescinde dalla gravità del reato; però il Codice troppo cauto ha creduto bene di stabilire che la causa di competenza della Corte d'Assise non ammetta la citazione direttissima, fuorché per i reati di stampa. Noi ci domandiamo perché si faccia questa eccezione. Ci si risponde che in tal modo si renderebbe una parte giudice dell'opportunità o no. Facciamo cadere l'obbiezione col codice Austriaco che permette all'imputato di opporsi alle domande del Pubblico Ministero e fa intervenire il giudice a risolvere il conflitto. Il Pubblico Ministero, però, dato il suo carattere di parte, non potrebbe assumere testi o periti con giuramento, anche oralmente, perché il giuramento vincola il momento dell'istruzione con quello del giudizio.

2. Intervento della difesa nel periodo istruttorio.

— Da noi la difesa non si ammette nel periodo istruttorio che quando si tratti della libertà personale, caso in cui il difensore interviene chiedendo la libertà provvisoria o la scarcerazione, od opponendosi alla conferma dell'arresto. All'infuori di ciò non si ha che il caso dell'ispezione domiciliare in cui occorrono due testimoni all'atto od una rappresentanza della persona di cui si tratta. Quando poi il processo è a tal punto che l'istruzione può dirsi esaurita, la legge dà facoltà in tal momento (Cod. del 1865) alla difesa od all'imputato di presentare una memoria scritta alla Camera di Consiglio od alla Sezione d'Accusa; occorre però notare che allora non s'istruisce più il processo, perché vi è già persino luogo alla ispezione e copia degli atti in Cancelleria.

A parte ciò abbiamo tutte le forme inquisitorie, perchè il Pubblico Ministero rappresentante della funzione accusatoria, in dipendenza della quale si fa l'istruzione, durante questo periodo non ha facoltà che d'intervenire agli atti d'istruttoria; ma il Giudice istruttore però é *dominus litis*; il rinvio o no al dibattimento può essere dichiarato anche a dispetto del Procuratore del Re, che può però appellare alla Sezione d'Accusa. Tutto questo insieme prova l'impronta inquisitoria della fase, pur ammettendo certe garanzie che però possono considerarsi quasi diritti, come il non potersi procedere all'arresto che per flagranza o quasi certa entità del reato, se non quando vi siano indizi gravi, o pericolo di fuga, o lo richieda la Pubblica Sicurezza.

Si può dichiarare non luogo a procedere con dichiarazione giudiziaria, da cui ha appello il Pubblico Ministero: questo atto e l'altro del Pubblico Ministero per l'inizio impediscono che si abbia la pura impronta inquisitoria nella prima fase, quantunque si abbia lo scritto, mentre nella seconda fase sovrabbondano gli elementi accusatori.

Quando nella prima fase si ha l'esame di teste con giuramento ad *futuram rei memoriam*, ciò che piuttosto apparterebbe alla seconda fase, perchè si teme non essere possibile averlo a dibattimento, essendoci qui un interesse nuovo, che spiega l'eccezione alla regola, è qui pure necessario l'intervento della difesa, come pure nel caso di perizie.

Notiamo che la legge francese del 1898 ammette l'intervento della difesa nel periodo istruttorio.

Distinguiamo gli atti d'istruttoria in quelli generali che danno luogo alla ricerca ed in quelli che la costituiscono.

Si ha dapprima:

- 1°) La denuncia;
- 2°) la querela;
- 3°) il rapporto;
- 4°) la dichiarazione o referto;

5°) la flagranza;

6°) la persecuzione d'ufficio.

I veri atti d'istruzione che costituiscono l'accertamento dei fatti saranno quindi: l'esame dei testimoni presenti o che udiron dire, il sopralluogo, le visite locali ■ domiciliari, i sequestri, le perquisizioni personali, le perizie, l'interrogatorio.

Notiamo che sarebbe utile usar donne nel caso di perquisizione personale a donne; ma ammettiamo però che forse non sarebbe ciò sempre possibile.

L'individuo può presentarsi spontaneamente od esser chiamato con mandato di comparizione.

Troviamo a questo proposito in Francia un sistema singolare: si ha colà il mandato d'accompagnamento presentato dall'usciera, il quale in caso di non ubbidienza può valersi della Forza Pubblica, trasformandosi in tal modo il mandato d'accompagnamento in mandato di cattura.

L'interrogatorio é poi il primo degli atti della prova specifica, atto che è conosciuto in Inghilterra, dove l'imputato é avvertito che può rispondere se dichiara o no d'esser colpevole, oppure si fa subito l'istruzione senza interrogarlo. Per quanto ciò sia proprio del principio accusatorio, escludere cioè delle prevenzioni coll'interrogatorio, noi crediamo che sia un sistema difettoso, ed ammettiamo che vi sia la necessità anche soltanto teorica, d'interrogare l'imputato.

Possiamo ridurre a tre i criterii direttivi per la ammissibilità della difesa nel periodo istruttorio:

1° criterio. — Desunto dalla *qualità della prova*: prova generica, prova specifica. È fallace: A) se il fatto è transcudo, manca l'indagine sulla generica, e ove l'autore non sia ignoto, perchè dovrebbero escludere la difesa nell'istruttoria? B) le prove generica e specifica si *sussidiano e completano* a vicenda, onde reciprocamente l'una giova a trovar l'altra (ciò accade per lo

più quando indizii mettano in rilievo l'una o l'altra), e inoltre per assodare il presupposto del fatto generico occorre dimostrare il suo autore; per cui anche qui riesce impossibile distinguere i casi di ammissione della difesa da quelli dell'esclusione, che nell'ipotesi si dovrebbe ammettere sempre.

2° criterio. — Più empirico criterio sarebbe quello che lasciasse alle parti la facoltà di ammettere la difesa in questi o quegli atti di prova; l'accordo fra di esse parti può mancare e facilmente mancherebbe; la *prevalenza data al pubblico accusatore* violerebbe il principio dell'eguaglianza, che è un contenuto dell'altro principio, che il processo è *di parti*; e nessuno certamente, *a fortiori*, darebbe la prevalenza all'imputato. Rimarrebbe la *facoltà attribuita al giudice*: qui le obiezioni precedenti sono disarmate; ne resta un'altra, nella necessità di attribuire alle parti facoltà di opposizione: dalla quale facoltà deriverebbero contestazioni e perditempi incompatibili col momento processuale. Tuttavia l'intervento del giudice, *in certi limiti che vedremo poi*, specialmente per l'ammissione di certe prove chieste dalle parti, è impreteribile.

3° criterio. — Criterio indubbiamente migliore anzi sicuro per ciò che ha carattere essenzialmente *giuridico*, si è quello che da ultimo ha proposto il Carrara, desunto dagli *effetti* degli atti istruttori. Veggasi lo stampato pag. 50. Vi sono invero effetti del naturale diritto di predisporre, di preparare l'indagine probatoria: ■ da questo non nasce che un *ius praeventionis*; l'individuo sospetto ha libertà a sua volta di predisporre, di preparare i materiali in propria difesa; finora egli non è aggredito nel suo diritto individuale, diritto che è anche pubblico (diritto soggettivo pubblico). Oltre questo confine nasce da un canto il diritto di *aggressione vera* ■ propria, correlativo al quale deve affermarsi quello di difesa (*ius defensionis*). Preparare i mezzi di difesa,

farne l'uso per il quale si sono preparati (analogia fra atti preparatorii e atti di esecuzione nel tentativo), sempre è diritto di difesa; ma solo nel secondo momento; cioè nell'esecutivo, la difesa è difensiva, mentre nel primo mantiene ancora il carattere di preventiva. Il criterio del Carrara però non esclude la difesa nel primo momento, adegua soltanto la forma di essa al bisogno di mera prevenzione. L'istruttoria comprende tutte e due i momenti, ma li comprende entrambi anche la difesa: anche l'arrestato o detenuto deve quindi avere la necessaria balia di far raccogliere gli elementi di prova a suo favore, di suggerire all'inquirente quell'indirizzo sulle investigazioni che esso farà, il quale risponde pure all'interesse della verità utile alla difesa. Ma fin qui di difesa difensiva non è ancora caso. Questa si svolge dunque in atti ulteriori che si possono predeterminare. Vanno distinti secondochè attengono: 1°) a materialità; 2°) alla libertà individuale.

1°) *A materialità.* — Nell'ordine logico si presenta per prima ogni visita, sia sopraluoghi (domicilio, od altri luoghi, visite domiciliari), sia sulla persona (perquisizione). Generalmente si fa per rintracciare elementi di prova e occorrendo assicurarli alla giustizia (sequestro). Conseguenza di questa garanzia si è la facoltà di far cessare o limitare il sequestro, ove ne sia venuta meno la ragione, ricorrendo a domande od opposizioni, secondo i casi. Ulteriore garanzia deve essere quella diretta ad ottenere che le condizioni materiali delle cose investigate vengano esattamente verificate ed accertate (occorrendo con perizie cioè sussidii tecnici per l'intelligenza dei fatti probatoriali) affinchè non perduri l'aggressione quando le risultanze reali non suffragassero l'offesa, e ciò segnatamente nel caso che tali condizioni siano transeunti. Coronamente dell'edificio difensivo in codesti atti d'istruttoria deve essere l'obbligo di registrare a verbale fedelmente ciascuna operazione, per modo che possa infirmarsi se viziata, la quale garanzia si estende altresì alla

2°. *Libertà individuale*, importando anche qui di accertare l'esistenza delle condizioni alle quali soltanto è legale la privazione di questa libertà, sia in forma di mero arresto (in flagranza o no) sia in forma di detenzione preventiva per ovviare al pericolo della fuga, non per quello solo di collusione. *L'arresto per collusione* merita una parola speciale perchè dall' esclusione od ammissione di esso deriva rispettivamente un carattere accusatorio od inquisitorio, e poichè l'atto acquista somma importanza in relazione alla funzione dell'inquirente, col medesimo si può saggiare l'indole del processo. Se fosse l'arresto un mero atto di prevenzione sociale senza offesa diretta, avrebbe ragione il processo inquisitorio che ammetteva e ancora ammette l'arresto per collusione. Ma ciò evidentemente non è. Per timora di fuga o per timore di intorbidamento delle prove fa lo stesso, sempre vi è l'aggressione del diritto individuale, donde il diritto di difesa formale. E notisi bene che se si vuole davvero ovviare al carattere inquisitorio dell'arresto in relazione alla prova (indipendentemente dai pericoli di fuga e di sicurezza sociale) bisogna scartare il potere dell'arresto in limiti precisi di fatti che implichino necessariamente reati nuovi: tali la distruzione di traccie del fatto, la subornazione dei testimoni e compartecipi. In questo senso è tipico il § 134 del Codice di Soletta; il quale naturalmente prescrive a tal fine che quei fatti determinanti l'arresto siano registrati a verbale. Che l'obbligazione alle conseguenze del reato (processo ■ pena) sia soltanto *negativa*, cioè di non fare, anzichè *positiva*, cioè di fare certi atti, sta bene; ma appunto perciò l'imputato non ha il diritto per difendersi di commettere nuovi reati.

A por termine su questo punto della difesa formale in relazione alla privazione della libertà personale, resta qui da aggiungersi che anche per la concessione della libertà provvisoria per il concorso ■ no di condizioni, specialmente della cauzione, con la relativa fideiussione, non che per la scarcerazione, occorre sempre

che di ogni atto sia tenuta nota a verbale in modo da potersi far valere le ragioni di difesa mediante opposizione.

Chi bene osservi gli atti summenzionati nei quali l'intervento della difesa formale sarebbe necessario, dovrà convenire che a ciascuno di essi è inerente il carattere della irreproducibilità od inalienabilità. Nella sua libertà personale non è lecito che l'imputato sia ritenuto capace di aver fatto una tacita alienazione: la materia non è contrattata; lo *ius imperii* che si spiega in danno di questa libertà è uno *ius necessitatis*; se per la persecuzione non fosse la necessità dell'arresto o detenzione, neanche il consenso, fosse pure espresso, dell'imputato, sanerebbe codesto radicale vizio. Visita domiciliare, sequestro o perquisizione, operazioni peritali, e descrizioni esatte e complete al momento delle operazioni stesse, sono tutte cose irreproducibili in generale, e quindi la necessità dell'intervento in esse della difesa. In certo senso nessuna prova sarebbe più difficile a riprodursi al dibattimento di quello che lo siano le *prove orali*. Per eccellenza sono orali le testimonianze e formano esse d'ordinario il fulcro del sistema probatorio penale, tanto che a schiarire o a intendere in relazione agli assunti opposti di accusa e difesa, il valore specifico anche di semplice materialità, sempre fa duopo di dichiarazioni orali. Orali sono però anche, *in sé*, le stesse perizie sebbene in generale il parere che le contiene si stenda per iscritto. Quanto alle testimonianze, poichè base del giudizio definitivo quelle scritte della istruttoria (tranne i casi in cui sono assunte ad *futuram rei memoriam* per il pericolo che al dibattimento mancassero, e allora sono vincolate al giuramento e se ne dà lettura) non possono assolutamente essere malgrado la intrinseca irreproducibilità loro esatta e precisa, questa irreproducibilità non si può far valere. È al dibattimento che si forma la convinzione sulla base delle prove orali ciò che riesce perfetto solo coll'intervento del giudice popolare (fascicoli degli atti sigillati nella parte contenente la prova specifica, consegnati ai giurati); ciò che giustifica l'avversione all'appello e che

diversifica profondamente la prova penale dalla civile. Prima del dibattimento può bastare la prova scritta, sia pure testimoniale, perchè d'altro non si tratta che di suffragare l'accusa al fine di legittimare il giudizio definitivo. Onde non ostante che i testimoni più tardi, cioè appunto al dibattimento o ricordino meno o per altro motivo modifichino le impressioni sull'animo del giudice, è allora soltanto che si produce la *vera prova testimoniale*: non è una riproduzione.

3. Perizie. — Le perizie sarebbero in sè orali, ma per ragioni pratiche (complicazioni, lunghezza dei pareri e soprattutto inutilità in generale di udire a voce la relazione delle operazioni fatte e delle conclusioni dedotte) si presentano solitamente per iscritto, salvo richiamare i periti al dibattimento per dare spiegazioni su dubbii sorti allora. È però necessario:

1° Evitare possibilmente discussioni di carattere tecnico dinanzi al giudice od ai giurati nel pubblico dibattimento;

2° assodare sin dall'istruttoria la verità tecnica o scientifica su punti che, od ammetterebbero nuovi esperimenti, e al dibattimento sarebbe impossibile farli, oppure non li ammetterebbero più, e per la irriproducibilità dei mezzi di prova, è giuoco-forza assumerli addirittura come prova *definitiva* nell'istruttoria stessa.

A tal fine occorre attribuire all'imputato la facoltà di valersi di un sindacato tecnico della perizia ufficiale durante l'istruttoria, oppure la facoltà di istituire una perizia per conto proprio, salvo il diritto di opposizione se il giudice ciò gli rifiutasse.

Occorre analizzare e studiare questa proposizione.

Si premetta, che anche per le perizie, come per tutte le altre prove, l'intervento della difesa, se ammissibile o richiesto, sarà sempre per riconoscere il diritto subbiettivo pubblico spettante all'imputato.

Si premetta, che l'intervento formale al dibattimento non

può essere controverso, perchè ora si tratta non di preparare i materiali della prova, ma di giudicare su quelli legalmente apprestati.

Si premetta, che al dibattimento anche un conflitto fra periti di accusa e periti di difesa è incapace di mutare la *realtà delle cose*; sol può contrapporre un *parere* a un altro in senso diversi od opposti; ma poichè *pareri* esistono e non *giudizii*, contraddizione nella condotta del legislatore che rende possibile con la pluralità loro anche le loro divergenze ed i loro contrapposti, non v'è ragione di temerla.

S'è detto che le perizie sono *pareri* e non *giudizii*. Ciò è decisivo anche per per la questione di sapere quale debba essere la posizione da assegnarsi alla difesa nella perizia dell'istruttoria. *Giudizio* non può darlo che il giudice; il perito dà un *parere*, perchè egli ha la immediata cognizione e percezione come *testimonio*, e poichè l'ha come *testimonio*, non può averlo altrimenti, non può averla come *giudice*. Il giudice che è prima ancora *testimonio*, non può giudicare, è un giudice in qualche modo *pre-giudicato*. Così sarebbe pure del perito. In quanto egli possiede cognizioni siano pure di carattere *tecnico*, ma *comuni*, non è necessario a integrare la prova che spontaneamente il giudice saprebbe acquistarsi *da sé*. In quanto le sue cognizioni siano richieste per motivo diverso, cioè per essere insufficienti codeste sue cognizioni tecniche *comuni*, allora la posizione del perito è quella di un uomo tecnico *speciale*, ma non d'un giudice. Per trattarlo come giudice si dovrebbe riunire i due elementi, il giudiziario giuristico ■ il peritale tecnico, e riuniti, fondere insieme il loro giudizio; una specie di *scabinato*, in cui il tecnico giudica da giurista senz'esserlo ■ il giurista giudica da tecnico senza neppure esserlo. È una fusione artificiale, una fusione impossibile. Nè è a dire, che il perito non inclini col suo giudizio ad agevolare la formazione d'un giudizio giuristico nel senso medico-legale, ad esempio, ch'egli preferirebbe per la causa da desiderarsi. Ma qualunque sia la sua inclinazione e tendenza, il fatto sta

che il perito che giudica, come giudice nelle questioni a lui sottoposte dal giudice, confonde insieme l'atto del testimonio, sia pure tecnico speciale, ma sempre testimonio, atto che toglierebbe al giudice stesso la giurisdizione nella causa in cui è testimonio, con l'atto del giudice. È questa conclusione che va diritto contro il principio ■ il metodo accusatorio, il quale vuole separazione di funzioni. E la confusione è flagrante, per quanto fosse inavvertita ■ gravissima. Il perito ■ il testimonio, come ogni altro mezzo di prova, è acquisito al processo o per l'accusa ■ per la difesa, e, sia che la verità si ottenga, o no, basta a giustificarne l'adduzione. Le prove sono accessori delle persone, come gli atti presuppongono le persone cui spetta di compierli. Perciò testimoni e periti presuppongono ■ loro volta le parti contendenti e la loro azione a cui essi servono per l'appunto. Come mai dunque i periti possono essere anche giudici, non si capisce più che non si capisca come mai possano essere giudici i testimoni. Vi è di certo nelle dichiarazioni peritali una parte che può ben dirsi propria di una capacità tecnica speciale solamente, ma nell'altra parte i periti percepiscono coi loro sensi, non meglio delle altre persone, cose d'intuitiva evidenza ■ accertabili coi mezzi d'una capacità comune ancorchè per avventura richiedano notizie di carattere tecnico, ma *generale*. Ora se per gli accertamenti di questo genere tecnico generale i periti sono puri testimoni, invece per gli altri essi sono anche qualche cosa di più, sono cioè *certi testimoni*, che sanno certe cose per poter apprenderne altre giudicandone. In ciò essi però non fanno operazioni di veri giudici, perchè nei giudizi penali i veri giudici giudicano giuristivamente e non tecnicamente; essi rimangono dunque ciò che sono, cioè *periti e sono certi testimoni tecnici*, dunque sono periti e non giudici.

Queste premesse sull'indole del loro ufficio spianano la via a decidere se ■ quale *difesa tecnica* possa abbisognare nell'istruttoria nell'interesse *subbiettivo pubblico* dell'imputato.

A noi pare che la questione si risolva bene riguardando i periti eletti dal giudice come gli aiuti di cui egli abbisogna. È il giudice che deve essere istruito, è egli che cerca chi lo possa istruire « convenientemente. L'imputato, e del pari l'accusatore, non sanno precisamente quali siano i bisogni di lui a tale riguardo, possono immaginarli, non conoscerli con certezza, non conoscerne a ogni modo meglio del giudice stesso. E se nel loro proprio interesse l'una e l'altra parte contendente possono bene desiderare d'integrare la perizia ottenuta dal giudice, oppure anche desiderare di schiarirne gli errori « ripararvi, tale interesse loro di fronte a quello della verità che l'istruttore rappresenta nel miglior modo possibile in via di regola, può solo farsi da loro valere per *chiedere in via subalterna* l'assunzione d'altre perizie o la verificaione e l'integramento di quella ordinata dall'istruttore. Sempre, ben inteso, rimarrebbe riservata la facoltà del ricorso in caso di rifiuto. Ma intanto la posizione *subordinata, eccezionale*, della perizia difensiva, o anche accusatoria, è una necessaria conseguenza del principio stesso per il quale l'istruzione è affidata al giudice. In vero, ove l'imputato e l'accusatore avessero un diritto subbiettivo pubblico a introdurre periti propri nell'istruttoria, si ridurrebbe il carattere giuridico delle perizie a quello stesso che hanno le testimonianze, ciò che non è. Fu osservato già, che nella perizia si distinguono due momenti: l'uno puramente testimoniale, per essere *comuni* i criteri del giudizio tecnico e per essere semplici percezioni dei sensi le cose affermate dal perito in codesta parte, l'altro momento è prettamente d'indole tecnica speciale, laonde al perito si ricorre non perchè testimonio accidentale, ma perchè preconosciuto come speciale tecnico. Sotto questo secondo aspetto la perizia non è più una vera testimonianza, appunto perchè in essa si suppongono notizie *provocate* dalla ricerca tecnica, mentre quelle dei testimoni sono *spontanee*. Insomma, in codesto secondo momento la perizia senza assurgere al grado di *giudizio obbligatorio* per il giudice, perchè esso non è un *giudizio*, ma una sem-

plice *opinione plausibile*, costituisce però qualche cosa che non può dalle parti addursi come prova che segue quale accessorio le parti medesime, qualche cosa che dimezza fra l'accessorio e il neutro. Il testimone giura di dire la *verità*, il perito giura di *bene e fedelmente procedere nelle sue operazioni e di non avere altro scopo che quello di far conoscere ai giudici la pura verità* (art. 298 Codice procedura penale). Vi è analogia, ma anche differenza notevole. Infatti basta rilevare questa differenza, cui è correlativa la detta formola di giuramento, che a perito non può essere assunto chi fosse stato condannato all'interdizione dei pubblici ufficii ■ alla sospensione dell'esercizio della professione o dell'arte e fino a tanto che l'una o l'altra duri (art. 285 Codice procedura penale), mentre ciò invece non è per rispetto ai testimoni, perchè appunto questi ultimi non sono *scelti* come quelli, ma presi quando e dove ci sono. I periti pertanto nell'*istruzione preparatoria almeno*, assumonsi non quali accessori di parte a guisa degli altri mezzi di prova, compresi i sopralluogo, le visite domiciliari e le perquisizioni, ma assumonsi quali *aiuti del giudice* perchè il giudice possa supplire al proprio difetto di attitudine a percepire ■ conoscere i fenomeni dai quali può scaturire prova. Le parti potranno bensì desiderare che il giudice *scelga bene i suoi aiuti*; potranno anche se, malgrado la scelta fatta, si ha motivo di temere erronee informazioni date al giudice dal perito, chiedere che si verifichino le operazioni peritali, si facciano integramenti di perizie, si correggano le perizie stesse col sussidio di altri periti; ma non potranno le parti arrogarsi in via principale il potere di mettersi con *propri periti* in conflitto con quelli del giudice. Non sono le parti che abbisognano d'aiuti per le proprie cognizioni istruttorie, perchè esse non istruiscono, ma solo intervengono negli atti istruttori per impedire errori, perchè pretendendo esse d'acquistare notizie dipendenti da opinioni tecniche speciali, verrebbero a sostenere che esse han diritto di sindacare l'*operato di persona scelta per fornire lume di prova*,

mentre sono a loro volta costrette a ricorrere a tal fine ad altre *persone scelte* appositamente. È in questa scelta posteriore al reato e posteriore persino alla sua denuncia e al primo impulso dato dall'accusatore pubblico, che risiede il motivo di considerare la perizia come qualche cosa che si sottrae alle regole ordinarie della prova per ciò che riguarda alle garanzie formali nella sua assunzione. A qual titolo potrebbe l'imputato contrapporre all'ausilio di cui bisogna dal lato tecnico il giudice imparziale un ausilio suo proprio di cui non avrebbe prima sentito bisogno l'imputato stesso, e di cui l'imputato *invece di valersi per illuminare se stesso* si vorrebbe servire per illuminare il giudice? Il giudice non ne abbisogna e non lo chiede; se egli è mal servito dal perito che ha scelto, l'imputato e l'accusatore possono metterlo sull'avviso e chiedere che si ascolti un altro perito. Ma ciò non è opporre nell'istruttoria una perizia ad un'altra.

Una perizia defensionale nell'istruttoria presupporrebbe che la perizia fosse simile puramente alla testimonianza, e invece non è così. Al perito il giudice ricorre non già perchè quegli conosca il materiale probatorio e lo fornisca, ma perchè col mezzo dei suoi lumi speciali lo aiuti a comprendere, a spiegare un dato fenomeno intrecciatosi nella prova, che da sè egli non saprebbe comprendere o spiegare. Questa essendo la ragione della perizia, non si capisce quale motivo possa avere l'imputato di difendersi contro di essa e non si capisce, ch'egli possa, adducendo una perizia sua propria esercitare un diritto subbiettivo pubblico, se non si supponè il caso eccezionale di un semplice integramento o di una verifica e correzione della perizia; caso, questo, nel quale non si tratterebbe però di contrapporre perizia a perizia, ma solo di correggere quella in corso o già fatta.

Ammettendo il diritto dell'imputato di contrapporre la sua perizia, si verrebbe implicitamente a disconoscere la ragione della funzione affidata al giudice istruttore e della quale fu spogliato l'accusatore, perchè il giudice istruttore deve essere padrone al-

meno di *scegliersi*, nei limiti della legge, *da sè* il suo ausiliatore tecnico, e col fare tale scelta non si può dire che egli abbia fatto altro che *integrare la propria capacità personale*. Ora, che egli abbia, insieme con le attribuzioni istruttorie, ricevuta ogni facoltà necessaria per esercitarle come giudice prescelto a ciò nessuno oserebbe oppugnarlo. Nè l'aggregarsi un *coadiutore* per l'integramento della capacità propria costituisce un *quid novum*, che stando da sè possa provocare qualche riserva, un sindacato di parte accusatrice od accusata. Anzitutto, perchè chiamato come suo coadiutore, il perito *non ista mai da sè*. In secondo luogo, se anche con i suoi lumi ■ la sua abilità speciale il perito *mette in chiaro* circostanze, relazioni, argomenti, indizii, prove a carico dell'imputato, non tanto egli le trae dalla propria coscienza, quanto da una situazione materiale che si troverebbe a disposizione di altre persone ■ sola suscettibile di una contro attestazione. Nella perizia c'è, a così dire, l'elemento aristocratico che manca invece nella testimonianza e nelle altre prove. A questo elemento aristocratico non se ne deve contrapporre un altro nell'istruttoria, perchè non occorre ■ non corrisponde ai fini dell'istruttoria stessa. A un testimonio ben si può, anche in questa fase, contrapporre un altro, l'uno e l'altro depongono sulla situazione dei fatti e non sono chiamati a una interpretazione dei punti tecnicamente oscuri dei fatti medesimi, non sono chiamati a far sì che il giudice sappia capirli codesti fatti, ma solo ad esporglieli quali spontaneamente sono apparsi a loro come avrebbero potuto apparire in generale a chiunque di mente sana e in condizioni favorevoli.

Per queste considerazioni la difesa di fronte alla perizia istruttoria deve limitarsi a semplici correzioni *subordinate*. Altra cosa potrebbe essere invece al dibattimento, nel quale, infatti, poichè oramai la giustizia è riuscita ad assicurarsi la cognizione dei fatti su cui portò il suo giudizio, il perito istruttorio, più non c'è ragione di temere che sia per venir meno niente di ciò che è necessario alla dimostrazione della verità, mentre al contrario

permettendo anche, se possibile ancora dopo tanto tempo, una *nuova perizia*, questa si adduce dalla difesa. Sarà tanto di guadagnato per dissipare ogni sospetto di parzialità, se mai il sospetto trovasse modo d'insinuarsi altrimenti. È per altro difficile che alla difesa possa giovare d'invocare allora, cioè nel dibattimento, un'apposita sua propria perizia. A questo riguardo sorge piuttosto la questione di sapere se non sia da preferirsi un ordinamento delle perizie, che oltre al garantire nelle persone da nominarsi a tali funzioni le attitudini speciali richieste, tenda ad escludere la possibilità di opposizioni di perizie a perizie. Tale ordinamento che vige in qualche paese, ha il vantaggio di rendere più seria la perizia, ma al tempo stesso conduce più facilmente a convertire le perizie in veri e propri giudizi, ciò che assolutamente va impedito ■ combattuto in omaggio al principio salutare della separazione delle funzioni di giudice con quelle di fornire elementi di prova o mezzi per schiarire il materiale probatorio.

Astrazion fatta da ciò, si osservi che le divergenze di opinioni tecniche e scientifiche sono inerenti alla natura delle cose e degli uomini, ■ che esse non possono eliminarsi per via d'ordinamenti legislativi. Si otterrebbe un assopimento delle discordie nelle aule della giustizia, e sarebbe un tanto di guadagnato per il credito di questa; ma sarebbe un assopimento artificiale e momentaneo, al quale, se l'accordo non esistesse in realtà, non corrisponderebbe poi il giudizio pubblico, e così al danno delle divergenze lasciate lealmente manifestarsi sarebbe sostituito quella peggiore, della slealtà e dell'ipocrisia.

Resta un punto da esaminarsi, e cioè la differenza fra perizia e ispezione oculare, visita domiciliare, perquisizione, ecc... Questa differenza esiste, come vedemmo esistere pure fra perizia e testimonianza. Quei mezzi di accertamento non implicano *per se* ausilli tecnici speciali per il giudice inquirente, non implicano quindi necessità di *scegliersi* un perito. Il perito somiglia più all'*interprete* che al testimoniaio. Il giudice per intendere la

lingua o i segni del sordomuto abbisogna dell'interprete come abbisogna del perito per intendere certi fenomeni, certe usanze tecniche, persino anche certe locuzioni tecniche. L'imputato non chiede un difensore interprete da contrapporre all'interprete scelto dal giudice, perchè egli può già esserselo scelto per fare lo stesso interrogatorio dell'imputato e non s'è mai sentito vantare un diritto dell'imputato o dell'accusatore di contrapporre un proprio interprete a quello sceltosi dal giudice per intendere l'imputato nelle sue risposte.

In generale poi quello che vale per le testimonianze e per le ispezioni, visite e perquisizioni vale ugualmente per le perizie in ordine alla *irriproducibilità* loro al dibattimento. In tale caso sempre è necessario che il giudice ammetta il sindacato della perizia da lui ordinata col mezzo di periti scelti dalla difesa.

Il prof. Morselli, trattando dei *periti*, propone l'introduzione della *pubblicità* nell'istruttoria, che le perizie psichiatriche si facciano nella istruttoria, che si ricorra sempre a medici competenti, che in *tutti i casi dubbi* si ricorra a un *giuri tecnico*, composto di uomini competenti e disinteressati, il quale pronunci il suo parere, che i periti si mettano d'accordo costituendosi da sè in collegio per emettere un unico parere.

Noi più che tutto crediamo sia utile fare opera nell'istruttoria, affinchè la perizia sia fatta scientificamente, e crediamo che ciò si possa ottenere con due mezzi, o facendo *sindacare* le perizie ufficiali, o provvedendo con perizie proprie; nel primo caso si avranno perizie supplementari, nel secondo autonome; quindi già nella fase istruttoria è necessario dare il diritto d'intervenire a ciascuna delle parti.

È conveniente prima di lasciare l'argomento delle perizie, ricordare a tal proposito le disposizioni del progetto Belga del Codice di Procedura Penale.

Il progetto Belga (art. 103) della Commissione della Camera dei Deputati dà all'imputato la facoltà, cui deve essere subito

notificata l'ordinanza del giudice in cui chiede ai periti ciò che desidera sapere, di scegliere un perito che avrà il diritto di assistere a tutte le operazioni, rivolgere domande e richieste ai periti designati dal giudice istruttore, e il quale sarà poi tenuto a consegnare le sue operazioni a piedi del rapporto o in un rapporto separato.

Stabilisce pure (art. 104) che quando la perizia è terminata prima che l'imputato sia messo in causa e arrestato, l'imputato avrà diritto a scegliersi un perito che esamini il lavoro dei periti nominati dal giudice e presenti le sue osservazioni. Ove ci siano più imputati, questi si metteranno d'accordo per fare la designazione.

L'art. 105 aggiunge che i rapporti dei periti debbano essere tenuti a disposizione delle parti durante 48 ore dopo il loro deposito.

Inoltre il Progetto governativo (accettato dalla Commissione della Camera dei Deputati) stabilisce (art. 106) che l'imputato o il suo patrono possa domandare una perizia sui fatti da lui indicati, e che (art. 107) i medici, chirurghi, ufficiali sanitari, medici veterinarii e gli altri periti che avessero rifiutato o negletto di fare le visite, le operazioni e i lavori per i quali fossero stati legalmente richiesti, saranno puniti con una ammenda da 25 a 500 franchi.

Notevole è pure la proposta della Commissione della Camera dei Deputati (alinea ultimo dell' art. 100) che dice non potersi fare l'esplorazione corporale interessante il pudore, fuori dei casi di flagrante delitto, se non dietro ordine della Camera di Consiglio, della Camera d'accusa o dal Tribunale o dalla Corte investiti della cognizione del delitto.

Fu proposto nel Belgio che la Corte d' Appello faccia ogni anno sul parere delle facoltà, dei corpi soientifici, dei tribunali e delle Camere di commercio, una lista dei periti esercenti presso il tribunale, e il giudice è obbligato a fare la sua scelta in tale

lista, eccetto che la Camera di Consiglio l'autorizzi a designarne altri. Il Pubblico Ministero, la parte civile e l'imputato hanno poi la facoltà di scegliere sulla lista annuale un perito avente diritto ad assistere a tutte le operazioni e fare domande ai periti delegati dall'istruttore; tenendosi poi i rapporti dei periti a disposizione delle parti interessate per la durata di 48 ore dopo il loro deposito.

4. Esame testimoniale — Che all'esame testimoniale bene abbia fatto il Progetto di Codice Francese ad ammettere il *difensore*, e benissimo faccia ora la Corte di Cassazione di richiedere l'assistenza del difensore fin dal principio dell'istruzione e la facoltà di conferire coll'imputato salvo i casi di divieto speciale, come è stabilito pure già da altre leggi, viene dimostrato da un'altro ordine di considerazioni che ha grande importanza, benchè poco e di rado venga messo in rilievo. Si tratta della posizione del testimone nel secondo periodo di fronte a quella che ha nel primo, si tratta inoltre della facilità di ritrattare, di nascondere, di mentire persino che spesso è dimostrata in Italia coi nostri testimonii aventi carattere ancora fiacco e con le nostre poco forti convinzioni in fatto di legalità, si tratta infine delle naturali incertezze, dei sospetti non meno naturali che ne conseguono, quando qualche divergenza = sconcordanza si manifesti fra la testimonianza nell'istruttoria e quella nel dibattimento.

Anzitutto nell'istruttoria segreta il testimone trovandosi in presenza del solo giudice istruttore = del suo cancelliere (non vi sono i due testimonii giudiziali prescritti dal Codice Austriaco) e tutt'al più anche del Procuratore del Re che ha sempre la facoltà d'intervenire negli atti dell'istruzione, non tanto è trattenuto dal mentire od offuscare = nascondere la verità, quanto piuttosto, se ha stimoli a venir meno a questa, è sedotto appunto a nasconderla, offuscarla, falsarla. Il vincolo del giuramento, l'ammonizione che lo richiama al proprio dovere e gli rammenta

la minaccia delle pene, non costituiscono un freno sufficiente per quei testimonii dei quali la giustizia nostra si lagna e che hanno carattere debole. In questa fase, supposto l'incitamento alla reticenza o al falso, la verità corre pericolo di essere sacrificata dalla condotta del testimone, che, essendo fiacco, può intanto lasciarsi indurre a dire ciò che non è o a tacere ciò che è; in quel momento i pericoli e le minacce egli li vede ancora lontani, e non ha forza di carattere per preoccuparsene sempre ■ abbastanza. Più tardi, quando giunse al dibattimento, la facilità di dire cose gravi o di salvare l'imputato è scemata nell'animo del testimone, dalla presenza dell'imputato stesso, da quella del Pubblico Ministero accusatore, da quella del pubblico in mezzo al quale può sempre trovarsi qualcuno che possa smentirlo, oltrechè dalla solennità del giudizio e dalla minore distanza dell'effetto che deriverà dalla testimonianza sì alla causa che eventualmente a lui stesso se mentisse. I ritegni o stimoli ora si fanno più forti a indurre lui a dire la verità. Ma chi può essere sicuro che tali spinte o ritegni avranno il salutare effetto onde sono capaci, quando il testimone avesse da *mettersi d'accordo* con la prima deposizione fatta in segreto dinanzi al giudice istruttore? Si capisce che un uomo di forte carattere il quale si trovi innanzi al dovere di correggere le prime deposizioni segrete, saprà ancora farlo, saprà trionfare della funestissima e pur tanto grande tentazione che proverà di uniformare la nuova deposizione con la prima fatta con qualche leggerezza e anche con animosità ■ spirito ostile all' imputato o ribelle all' autorità. Ma è già anche questo un rischio al quale conviene che non venga, possibilmente, esposta la verità nei tribunali, massime quando servisse a dar base ■ una condanna che sarebbe ingiusta. Se poi il testimone è di carattere debole, come sembra che il caso sia non infrequente in Italia, allora quella stessa sua debolezza che lo ha reso poco attento e poco coscienzioso e veridico dinanzi al giudice istruttore, minaccerà di prevalere anche al dibattimento, perchè ormai gli parrà

che o la verità si è già scoperta ■ verrà scoperta nel senso che pretendono l'accusatore e l'istruttore, e quindi conviene a lui di confermarsi a questa senza più, se così gli paia meno imbarazzante, per lui, sarà per lo meno una inclinazione ch'egli potrà sentire in codesto senso. Insomma, il pericolo di non risvegliare la coscienza del testimone persiste in qualche misura anche nella solennità del dibattimento quando la coscienza sua sia fiacca, non abbastanza chiusa cioè alle insinuazioni e suggestioni e non abbastanza vigorosa per affrontare anche le paure o le minacce più ■ meno velate.

La situazione è questa: dato che vi sia motivo di temere questi effetti delle numerose coscienze deboli cui la umana giustizia è costretta a chiedere la prova di una verità che può venire celata è certamente più sicura via il fare *sin dalla prima deposizione testimoniale* in modo che il testimone si rinfranchi e si metta sulla strada della verità, anziché attendere che per rimettervelo abbia ad operare la solennità del dibattimento con la più vicina idea dei rischi che corre mentendo il vero od usando reticenze. Ora, quella vigilanza del pubblico che nel dibattimento è creduta ed è davvero salutare per far camminar diritto questi spiriti deboli, non dovrà essere affatto inutile e non pericolosa se esercitata prima nella istruttoria ■ in quei modi e quella misura che con le necessità d'ulteriori investigazioni proprie di questa medesima istruttoria si richiedono.

A noi pare proprio che escludendo la difesa, cioè la vigilanza compatibile, il legislatore si collochi in un circolo vizioso donde non può uscire. Egli si affanna di conseguire ad ogni costo l'intento che la verità si possa cercare tutta liberamente senza intoppi d'artifici rei e si lusinga di riuscirvi fidando solamente nell'abilità, onestà ed imparzialità del giudice aiutato tutt'al più dalle domande del pubblico accusatore. Ma ciò è meno probabile di quello che sarebbe invece nel caso che insieme alle domande dell'accusatore, naturalmente più facile a sorgere nel

senso dell'accusa, concorrano le eventuali domande della difesa, che possono condurre il giudice a far ricerche e verificazioni cui egli neppure pensa, o ch'egli reputa, a torto forse, inutili e anzi capaci piuttosto di fuorviare la istruzione.

Anche nel procedimento penale bisogna essere coerenti. Certo è per tutti, che non si possa credere di possedere il vero necessario per la condanna, se non quando siansi dati alle due parti tutti i mezzi per una leale e piena istruzione e discussione delle prove. Ciò si assicura mediante le forme del dibattimento, che sono per l'appunto le forme accusatorie. Sebbene nell'istruzione preparatoria a tanto non si miri, ma solo si cerchi una probabilità abbastanza seria per sperimentare il giudizio definitivo, tuttavia anche in essa è doveroso adoperare i migliori mezzi, le forme più adatte per giungere ad avere una probabilità seria davvero e non illusoria.

Della quale necessità la ragione è duplice:

1°) Perchè va garantita anche nel periodo istruttorio la libertà civile, cioè il diritto subbiettivo pubblico sotto l'aspetto della libertà e dei diritti individuali ;

2°) perchè devesi evitare possibilmente che sorga un *dualismo* fra le risultanze dell'istruttoria e quelle del dibattimento, dualismo che di per sé non sarebbe contrario ai principii, se non fosse di sua natura fonte d'incertezze e di sospetti, nocivi sempre al credito delle sentenze. Tutti sanno che le risultanze istruttorie non si possono *contrapporre*, in un buon metodo d'accusa a quelle del dibattimento, e ciò per la sola ragione che le prime sono ottenute in condizioni *necessariamente diverse* dalle seconde e per un fine *anch'esso diverso*. Ma pur nondimeno nessuno sa isolare affatto le une dalle altre, sa fare nelle seconde una intera astrazione dalle prime.

E d'altra parte è anche giusto dire, che sebbene le risultanze dell'istruttoria debbano celarsi come l'impalcatura di cui s'ebbe bisogno per la costruzione dell'edificio, e che deve sparire

appena terminata la costruzione, però sono esse pure l'opera dell'autorità, e niuno perdona facilmente ai funzionarii della istruzione d'aver condotto così imperfettamente questa, da non aver poi essa giovato a costruire davvero l'edificio che credevasi poter costruire. Screditare l'istruttoria è screditare l'opera dell'autorità, e fa male che con un secondo atto del dramma questa medesima autorità distrugga di propria mano ciò che fu operato nel primo. Lo Stato col porre in mezzo un suo giudice per le investigazioni istruttorie escludendo l'accusatore, si è assunto un *obbligo speciale*, che non esisterebbe per lui neppure quando l'istruzione fosse da lui affidata a un suo funzionario delegato per l'accusa. Come atto di parte, l'accusa genera meno difficilmente la parzialità e l'errore, e se questi saranno poi rivelati al dibattimento, l'autorità pubblica non vi scapiterà, e non vi potrà a rigore, scapitare mai come *autorità*, perchè essa rappresenta il diritto obbiettivo, mentre invece l'accusatore, nella sua qualità di parte, rappresenta solo il diritto subbiettivo pubblico.

Dunque fra istruttoria e dibattimento la regola per la *quasi totalità* o la *grandissima maggioranza* dei casi dovrebbe essere, quante volte la istruzione sia stata l'opera *autoritativa* del giudice che vi sia una *concordanza* almeno nei punti essenziali della causa, la regola dovrebbe essere almeno che si trovi ragione al dibattimento di *confermare l'ipotesi* dell'istruzione in base alle cui risultanze è fatto il dibattimento medesimo. A tal fine è di somma importanza che, a prescindere dal già accennato interesse della libertà civile, le deposizioni testimoniali vengano confermate anch'esse al dibattimento, e non già rese inerti ■ contraddittorie o addirittura ritratte. Il testimonio che bisogna esaminare nell'istruttoria deve essere libero anche al dibattimento, ma deve essere sottratto alla tentazione di dire altrimenti da ciò che già aveva detto nel senso specialmente della condanna, ■ poichè è la verità che interessa, deve egli fin dall'istruttoria essere e, se mai v'è grado di possibilità, maggiormente sottratto alla stessa tentazione

perchè sol cominciando, noi ad avere ragione di credere che egli sarà sfuggito a detta tentazione nell'istruttoria, a noi interesserà appunto che egli al dibattimento confermi la prima deposizione e confermando questa mantenga anche il maggior credito agli atti l'autorità armonizzanti, nelle risultanze loro, siano segreti o pubblici, scritti od orali.

Ma invano noi riponiamo tanta fiducia nelle forme accusatorie del dibattimento se queste forme non le rispettiamo, nella misura del possibile, già prima nell'istruttoria. Noi vogliamo essere tranquilli sulle sentenze di condanna, ma perchè ciò sia è necessario che si abbiano i motivi di tale tranquillità, che vuol dire fra le risultanze dei due procedimenti autoritativi non sorga divergenza nè profonda nè alquanto frequente. Ma questo è difficile ottenersi fino a tanto che i *mezzi più efficaci* per richiamare la coscienza del testimonia al suo dovere non vengano adoperati anche nella 1^a fase. Se il testimonia non è stimolato prima dalla presenza del difensore a dire tutta ■ precisa la verità nell'interesse dell'imputato, difficilmente se ne otterrà poscia la verità intera e precisa. La prima deposizione costituisce per lui una specie di *pregiudizio*, e anche più essa ■ le risultanze istruttorie ne costituiscono un *altro formidabile* nella coscienza del giudice di merito e poi nella coscienza pubblica.

Il giudice del merito, penserà, in particolare, che l'opera del suo collega che come lui agiva in rappresentanza del diritto obiettivo, era opera conforme a verità, e che quindi, l'interpretazione delle deposizioni testimoniali fatte al dibattimento in un senso più o meno diverso da quello che ebbero le deposizioni nell'istruttoria, debba farsi piuttosto in modo da confermare l'opinione del suo collega. Onde se allora si era pronunciata la condanna, s'ha motivo di temere che questa non si giustifichi abbastanza.

Taluni parlano di pericoli, ma noi crediamo che se ve ne saranno dei veri, il giudice provvederà a prevenirli con ordinanza

motivata d'esclusione della difesa dall'esame testimoniale, salvo il ricorso che non sarà sospensivo.

E poi è bene che il giudice s'avvezzi a pregiare l'intervento della difesa, come la difesa a rispettare le coscienziuose ed abili investigazioni del giudice. Fino a che questa mutua stima e il concorso armonico dell'opera di entrambi non si produrranno, vi sarà sempre da temere un pericolo, e sarà pericolo grave questo, di vedere l'istruttore errare e costruire un processo, che in troppi casi venendo disapprovato implicitamente dalle sentenze assolute, costituirà un titolo di scredito dell'autorità giudiziaria e un motivo di sfiducia nell'opera sua. Se noi vogliamo accreditare l'istruttoria, accreditiamola con le garanzie necessarie, con la luce e la lealtà formale, e non solo colla fiducia autoritativa. In tempo di democrazia nessuno più crede alla possibilità di una *legge parlante*: l'uomo è fallibile. E facciamo in guisa che per virtù della legge non abbia a facilitarsi il falso o la reticenza, nè la contraddizione tra i due stadii di risultanze testimoniali. Adoperiamo a tal fine le garanzie necessarie *per tutti* non nella sola fase decisiva, ma anche nell'istruttoria.

La garanzia che occorre nell'esame testimoniale è così necessaria, che in nian altra prova orale altrettanto. Infatti non si crea il *dualismo* fatale delle due deposizioni divergenti o contraddittorie se non nella testimonianza. Le divergenze e contraddizioni nelle perizie dipendono unicamente dalla pluralità dei periti, come dalla pluralità dei testimonii può derivare ugualmente la divergenza fra le deposizioni rispettive di ciascuno. E quanto alle materialità, come i documenti, le tracce dei fatti esteriori e simili, non si ha da temere nemmeno così dette divergenze, perchè si tratta di evidenze sensibili che parlano da sè a tutti e per tutti nel modo e senso medesimo. Invece la prova testimoniale derivando da atti ed espressioni delle idee, delle percezioni e dei giudizi individuali, traggono naturalmente seco la possibilità di variazioni non solamente da individuo a individuo percipiente,

giudicante, attestante, ma altresì sullo stesso individuo, nei diversi momenti e nelle diverse contingenze dello stato d'animo e d'altre circostanze. Ecco perchè la prova testimoniale ha più d'ogni altra bisogno impreteribile d'essere assunta in condizioni e con garanzie tali, che se in una fase riesce in un senso, non possa sospettarsi che in un'altra frase riesca per contro in un senso diverso a cagione delle diversità appunto dei modi e delle condizioni in cui in questa fase essa fu assunta e differenza che nell'altra. Sotto questo aspetto l'intervento della difesa nell'esame testimoniale non è una concessione mera alla libertà individuale, è, una garanzia della giustizia ed una garanzia necessaria del suo stesso credito.

È poi necessario osservare che dove manchi la garanzia degli atti *autoritativi* rappresentanti il diritto obbiettivo della legge, l'intervento della difesa di fronte all'accusatore pubblico è un derivato della uguaglianza dei termini *subbiettivi* di queste due parti e dei loro rispettivi diritti pubblici. Onde in caso di istruzione nella flagranza o quasi flagranza, operata per cura del pubblico accusatore, escludere la difesa sarebbe lo stesso che, attribuire a quest'ultimo la rappresentanza del diritto obbiettivo o dell'autorità, ciò che non è nel sistema che vuole affidata al giudice istruttore la funzione inquirente, e solo per l'urgenza e l'evidenza della prova accorda in via d'eccezione al pubblico accusatore la facoltà di agire come giudice istruttore. Deve parimente notarsi, che quando la testimonianza è di tale valore, da dispensare da indagini ulteriori e bastare ad autorizzare l'invio a giudizio, sarebbe deplorabile che l'imputato non avesse avuto modo di assistervi, mentre le si attribuirebbe l'effetto di affrettare il giudizio definitivo e, così, di scemare all'imputato la facoltà d'esercitare nelle successive operazioni dell'istruttoria la propria difesa.

Taluni vogliono distinguere nell'istruttoria il cosiddetto *processo informativo* dal *processo offensivo*. Certo una differenza fra gli atti della polizia giudiziaria e quelli veri e propri d'istruzione ci corre, e anche tra i primi atti d'informazione e gli atti successivi

coi quali il giudice acquista al materiale probatorio le prove e la valuta per proseguire l'istruzione. Ma è difficile dire in molti casi se il processo si limiti alle informazioni, o se invece costruisca quella materia onde si comporrà poi l'accusa formale. Il vero è però questo, che non è dalla natura in sè dei mezzi di prova che si desume se si tratti sì o no di processo offensivo: anche con semplici indizii remoti, con le testimonianze si può costruire il materiale per l'offesa. Ed è per questo che oggi varie legislazioni progredite e progetti legislativi consacrano la costituzione della difesa formale fin dal primo presentarsi dell'imputato in processo. S'è riconosciuto che la difesa giova molto a prevenire gli errori e i danni particolarmente dell'imputato, i quali sono talora irreparabili.

— A dimostrare l'importanza delle deposizioni testimoniali va considerato:

1°) che son queste le prove più efficaci per chiarire i fatti, e perciò anche le più gelose;

2°) che esse sono immancabili onde il centro del processo essendo la prova, la più forte *vis animatrix* del processo è la testimonianza.

E che questa specie di prova non possa mancare mai da ciò si desume, che le materialità diverse *da per sè sole* non designano la relazione loro col fatto del reato e con la colpevolezza dell'autore, a ciò occorrono spiegazioni che la parola viva del testimonio può sola fornire. Sarebbe quindi non ragionevole escludere la difesa dall'esame testimoniale. Sarebbe il farlo, come escludere la maggiore delle garanzie della verità nell'istruttoria. Sarebbe allora più logico e più serio il bandire addirittura dall'istruttoria il giudice inquirente e lasciare che le sue funzioni vengano esercitate direttamente dal Pubblico Ministero. Poichè si costruisce la prova nell'istruttoria in condizioni tali da non escludere *generalmente i timori e i sospetti d'errore* (non si esclude con ciò l'incapacità del giudice e tanto meno la sua imparzialità), ragion vuole che si ri-

nunzii anche a prevenire gli eventuali conflitti fra l'asserto dell'accusa fondata nelle prove istruite dal giudice e le prove addotte dall'imputato nonchè dalle eccezioni da quest'ultimo opposte alle medesime. Almeno si avrà allora un processo logico.

5. Pubblicità per le parti nel periodo istruttorio.

— La difesa, nell'interrogatorio dell'imputato non ha alcuna ragione fondamentale per far valere un diritto subbiettivo pubblico dell'imputato a intervenire a prestargli assistenza in tale atto.

Gia è necessario escluderla in quello o quei primi interrogatorii, coi quali il giudice comincia appena ad acquistare un po' di cognizione. Negli interrogatorii successivi poi, fossero pure molteplici, non v'è bisogno che il difensore intervenga più che non vi sia in codesto o codesti primi. *Prova obbiettiva*, l'interrogatorio non la fornisce, nè può fornirla: è un *indizio*, una subbiettività potentissima se accompagnata da indizii o prove obbiettive, ma che di per sè sola non decide.

La cosa è però diversa affatto quando l'interrogatorio non sia più *semplice*, dall'inquirente diretto all'inquisito, senza esame di altre prove o indizii, e confronti fra le risposte dell'inquisito e quest'altre prove o indizii. Se l'interrogatorio è *complesso*, se, cioè appunto l'imputato stesso assiste ad altre prove, allora nessuna ragione più di escludere per principio l'intervento della difesa, allora questo intervento se ed in quanto richiesto per la natura delle prove che vengono concomitantemente assunte, deve ammettersi.

Si è visto che in non pochi casi riesce difficile e anche impossibile prescrivere che sia ammessa la difesa, segnatamente trattandosi di esami testimoniali fuori della sede del giudizio e per via quindi di delegazioni e di rogatorie. In tali casi basterà dar avviso all'imputato ed al suo difensore se questo già sia nominato, perchè possa esservi il loro intervento diretto o per via di rappresentanza. Naturalmente tale avviso non parrà sempre

prudente di darlo, e anzi converrà senz'altro ritenerlo pericoloso, per esempio, quando con un semplice telegramma l'imputato potrebbe far sparire tracce, documenti, ecc.; prima che giunga sopra luogo l'ufficio d'istruzione. Onde una *facoltà discretiva* va tuttavia lasciate al giudice; a tal fine buona - la formula dell'articolo 82 del progetto della Commissione parlamentare belga, che subordina l'avviso da darsi all'imputato del trasporto sopra luogo e per l'art. 85 quello della perquisizione domiciliare, *quando gli interessi dell'istruzione lo permettano* (il § 116 dice quando il sopralluogo non presenti *inconvenienti particolari*).

Su questa *facoltà discretiva* va osservato, che essa non inchiude nè può inchiudere un *diritto subbiettivo pubblico* a favore della difesa. In vero, anzitutto la riserva non può essere determinata nei casi speciali e qui cessa l'opera esplicita e propria del legislatore per subentrare quella del magistrato nel quale del resto si ha ragione d'aver riposto un'alta fiducia. In secondo luogo, il diritto che si rappresenta qui per opera del magistrato è quello dell'istruzione del processo in senso autoritativo e non come atto parziale di semplice accusatore, essendo appunto stato sostituito all'accusatore il magistrato per ottenere che gli atti d'istruttoria non solamente portino l'impronta dell'ufficialità; ma siano atti d'autorità; atti rivestiti di quell'*imperium* obbiettivo che è proprio della legge. Di più, il sindacato dell'uso fatto dal giudice della sua *facoltà discretiva* non si potrebbe istituire direttamente dalla parte accusata, la quale non trovasi di fronte a un suo uguale, ma di fronte a un superiore, a un giudice; l'imputato è rivestito di un *diritto subbiettivo pubblico*, e invece il giudice rappresenta ed esercita il diritto stesso obbiettivo della legge. Si potrebbe perciò a lui, meglio che al Pubblico Ministero ricorrente fuori i termini per ottenere dalla Corte di Cassazione la revisione della falsa interpretazione della legge, attribuire qualità di magistrato che agisce nell'*interesse obbiettivo della legge*. E se anche il giudice non fosse il superiore della parte, resterebbe pur

sempre la difficoltà pratica di far valere quel sindacato. Suppon-
gasi che il giudice, bramoso di far presto e d'evitare incontri col
difensore col quale teme facili i contrasti e gli incidenti, non av-
verta nè imputato libero, nè difensore suo e neppure il difensore
dell'imputato in arresto, e senz'altro proceda al sopralluogo e alla
perquisizione domiciliare, limitandosi a far risultare dal protocollo
dell'atto, che l'interesse dell'istruzione non permetteva d'avver-
tirla per il loro intervento all'atto. E basterà questa motivazione
semplice a giustificare la condotta del magistrato perchè la
legge non determinando nè le condizioni nè le circostanze
concrete, che per la svariatissima natura loro a la relativa
importanza a seconda dei casi essa non poteva circoscrivere altri-
menti e ove l'avesse tentato sarebbe poi stata forzata ad ammet-
tere *in via generale* la facoltà giudiziaria dell'analogia, non deter-
mina neppure il diritto subbiettivo pubblico dell'imputato, e però
nel silenzio della legge altro non rimane che la garanzia *personale*.
La garanzia *formale* propria degli atti non essendo possibile in
tale caso, è surrogata necessariamente da quella fornita dalla
onestà, capacità, rettitudine del giudice.

S'è detto che i motivi veri e soli che hanno che hanno giu-
stificate e giustificano l'intervento del giudice per eseguire le
operazioni istruttorie sono unicamente la *sonima imparzialità*
propria del giudice, e l'*autenticità* maggiore possibile che egli
attribuisce ai suoi atti irripetibili al dibattimento. A prima giunta
parrebbe che altre ragioni non meno gravi e decisive concorran-
no ugualmente con codesti motivi, a segnatamente vi concorra quella
della necessità di sottrarre alla balia d'una semplice parte quale
è l'accusatore, fosse pure il Pubblico Ministero, la facoltà di far
incarcerare, di perquisire, sequestrare, ecc.; atti questi di troppa
gravità perchè possano ordinarsi da una parte, dello stesso Pub-
blico Ministero che è pur sempre rivestito d'una funzione di parte,
benchè *ufficiale*, ma non *autoritativa*. Noi teniamo fermi però
quei due soli motivi, perchè nella loro sintetica espressione com-

prendono ogni e qualsiasi altro motivo che possa essere qui ricordato a sostegno della posizione del giudice nell'istruzione. In vero, quegli atti, gravissimi di certo, vengono sottratti alla facoltà dell'accusatore e del Pubblico Ministero, appunto per la sua minore garanzia d'imparzialità, e affidati invece al giudice per la maggiore possibile garanzia che dell'imparzialità medesima il giudice ci può dare e ci dà realmente.

Si è d'altronde questa stessa differenza tra accusatore e giudice, che spiega perchè, fuori i casi di flagranza o altri pochi (confessione, ecc.) al Pubblico Ministero si rifiuta la funzione dell'istruttoria formale per affidarla al magistrato. E da tale differenza derivano pure effetti differenti nei casi di istruzione operata dal Pubblico Ministero in confronto di quella operata dal giudice. Per quanto il pubblico accusatore sia un funzionario degno della pubblica fiducia e istituito dalla pubblica autorità, tuttavia egli conserva sempre la qualità di parte, qualità inseparabile dal suo ufficio anche quando la legge si affretti a prescrivergli di concludere per l'assolutoria o il non luogo, ecc. se della colpeabilità o punibilità egli non sia convinto. Ond'è che il Pubblico Ministero, anche essendo un ufficio esercitato da un pubblico funzionario in tale maniera, mai non rappresenta nè può rappresentare altro che un semplice diritto subbiettivo pubblico, il quale naturalmente è subordinato al diritto obbiettivo del magistrato, che, *locutor legis*, rappresenta invece la legge, ha il diritto obbiettivo d'imperio. Quando a Roma l'accusatore privato usava di facoltà istruttorie consistenti nelle ispezioni oculari, perquisizioni, esami testimoniali, sequestri, ciò egli poteva fare sol perchè era munito di una *lex*, cioè elevato non solo a pubblica funzione od ufficio, ma nientemeno che alla dignità imperatoria della autorità pubblica delegata all'esercizio del diritto obbiettivo: la *lex* faceva d'un semplice cittadino una delle tante manifestazioni della propria volontà, lo rivestiva del pubblico *potere*. Così, senza diventare magistrato, e nemmeno semplice ufficiale pubblico, il *civis*

era assunto addirittura all'esercizio della sovranità del poter dello Stato. Ciò sembrerebbe più agevole farsi oggidì col Pubblico Ministero, perchè questo è un organo di funzionarii dello Stato. Pur tuttavia non s'è creduto che convenisse fidare in lui in tale misura che non occorresse sostituirgli altri, più di lui meritevole di essere ritenuto realmente imparziale, quante volte occorra fare una istruzione formale ordinaria, cioè fuori dei casi speciali di flagranza ed analoghi.

Con ciò il Pubblico Ministero, sebbene costituito con qualità di funzionario scelto dallo Stato, rimane pur esso, al pari del semplice cittadino, rappresentante solamente di un diritto subbiettivo pubblico. Ciò essendo, all'imputato deve di fronte a questo accusatore spettare *diritto d'uguale*, diritto quindi di legittima difesa nel senso naturale di questa parola, benchè circoscritte dall'indole delle circostanze. Al dibattimento, la cui causa fosse istruita dal Pubblico Ministero l'imputato deve poter impugnare ogni cosa cui, se fosse stata l'istruzione operata invece dal giudice avrebbe egli potuto assistere, o almeno alla quale non avrebbe potuto assistere per motivi di manifesta incompatibilità coi bisogni dell'istruttoria. Si capisce allora come interessi altamente di aver un'istituzione *sommaria atta solo a dar base all'accusa*, che poi troverà nelle prove del dibattimento la sua vera, unica e sola formazione per il giudizio.

Al cospetto del magistrato, le parti non hanno che *diritti subbiettivi pubblici*, e in questa *uguale natura dei diritti*: loro consiste appunto la *uguaglianza giuridica* delle parti. Eguale è tale natura dei diritti rispettivi di ciascuna di esse, perchè quelli del Pubblico Ministero non sono altrimenti obbiettivi quali sono quelli del giudice, ma sono subbiettivi come quelli dell'imputato. Il titolare è un individuo come tale qui e là; invece il titolare è lo Stato nel caso del diritto obbiettivo affidato al giudice.

Nell'istruzione esiste un diritto obbiettivo esercitato dal giudice munito di poteri subordinati al metodo accusatorio dell'accusa.

S'è detto che non vi è niente di singolare in ciò, che possa esistere in un processo, accusatorio un diritto *obbiettivo* del giudice istruttore, mentre si sa che *l'istruzione non è fatta per giudicare*, ma sibbene per dare legittimità all'accusa formale e preparare così il giudizio vero e proprio.

Certamente l'istruttoria è un *accessorio* dell'accusa, cioè dell'atto *subbiiettivo* di parte, *Accusa e giudizio* sono i due termini che si collegano e di cui il primo è condizione impreteribile e determinante per il secondo. E sebbene il giudizio si ponga di mezzo e sopra al termine primo (accusa) = all'altro correlativo (difesa), tuttavia una sentenza senza la base dell'accusa e fuori dei limiti di questa non è sentenza. Se v'è giudizio, si è per questo solo, che si ha accusa, talora persino senza contraddittorio, cioè senza difesa. Ora un'accusa che *afferma ciò che non sa*, non è ammissibile nè in linea di logica, nè sotto l'aspetto della possibilità pratica. E per sapere ciò che s'ha da affermare contro un uomo a titolo di reato, bisogna pure avere dati di fatti, indizii e prove che bastino almeno a giustificare una qualche presunzione. L'istruttoria, che vale appunto a questo fine, è dunque un'operazione necessaria all'accusa. Se l'accusatore non ha altri donde trarre il materiale degli indizii o prove per legittimare la presunzione, bisognerà che provveda da sè; e come a tal fine occorre costringere terzi a dare e subire e permettere; così a quell'accusatore occorre previamente un'autorizzazione pubblica. L'istruttoria, in ultima analisi, divideasi in due operazioni: *ricercare le prove, valutarle*. Il *conchiudere* con giudizio d'invio, oppure di non luogo o d'assoluzione, spetta a un'altra fase, non è operazione istruttoria, è *decisoria*.

Si presenta ora la questione se questa decisione è atto di *autorità* o è atto di parte accusatrice.

In diritto privato, la questione non si può neppure presentare, perchè il privato attore dispone come meglio stima della sua azione e dei suoi interessi giudiziarii. Invece in diritto penale, la que-

stione è molto seria; essa attiene all'origine storica e al principio razionale della penalità, e perciò porge l'occasione alle dispute.

Che oggi non si debba più parlare di *vendetta privata*, di difesa privata, non occorre dire. Del pari non è il caso neppure di sostenere la pena sopra un preteso diritto divino o di giustizia assoluta. La pena è di giustizia pratica, concreta. Si punisce quindi in nome di un pubblico interesse rappresentato dallo Stato. Ora lo Stato può assumendo un pubblico funzionario alla funzione del decidere se debba farsi luogo a giudizio o no, come pure a quella precedente ed iniziale di *decidere*, se debba o no, darsi moto all'azione penale requiring il magistrato per l'istruzione formale o, nei casi in cui ciò non occorra, portando senza altro la causa dinanzi al giudice del merito, stabilire che codesto pubblico funzionario sia un magistrato giudicante. se si tratti di istruire, un semplice pubblico accusatore o Pubblico Ministero se si tratti di procedimento sommario, come può pure nel primo caso ugualmente che nel secondo avere piena fiducia nel detto accusatore pubblico o Pubblico Ministero. È *questione di fiducia*, e poichè la funzione dell'accusa sarebbe data a un pubblico funzionario, basterebbe rendere questo del tutto indipendente dal potere esecutivo al pari del giudice per trovare che non vi sarebbe nulla a ridire sulla decisione che il Pubblico Ministero pronuncierebbe dopo compiuta l'istruttoria se farsi o no, luogo a giudizio. Appare assolutamente infondata l'obbiezione che taluno eleva contro questa attribuzione, qualificata *giudiziaria*, al Pubblico Ministero che è una parte. mentre l'istruttoria in cui il Pubblico Ministero porterebbe giudizio sarebbe operazione da giudice. L'istruttore non *ha giudicato*, ha istruito solamente, tanto è vero che ogni dissidio fra lui e una delle parti o entrambe si compone non già da lui medesimo, ma, in via di ricorso, da un autorità a lui superiore. L'istruttore non giudica perchè non ha da giudicare, e il materiale probatorio da lui pa-

zientemente* abilmente, imparzialmente raccolto e coordinato secondo le spontanee valutazioni da lui fatte, egli lo porge a chi è *responsabile* dell'accusa, mentre egli responsabile non é. Egli ha finito il suo ufficio e si ritrae in disparte. Egli ha lavorato per appurare fatti che potevano esistere, o no, in un senso, o nell'altro, ma sempre in vista della possibilità prossima dell'accusa, remota poi del giudizio, *provocato però anch'esso dall'accusa*. L'istruttore é imposto dalla legge all'accusatore, come la legge impone all'autorità giudiziaria di servirsi degli agenti e ufficiali della polizia di pubblica sicurezza per comporre l'istituto della polizia giudiziaria, qui si ricorre ad elementi extragiudiziarî per un servizio giudiziario, là s'invertono i termini del servizio, si ricorre a un magistrato giudicante per un servizio *istruttorio dell'accusa*, ma in ambi i casi si tratta di servizii prestati da funzionarii, i quali ai medesimi non sarebbero necessariamente chiamati. Il giudice istruttore *istruisce l'accusa*, non *istruisce il giudizio*, quest'ultimo lo istruiscono invece le due parti, accusatore e accusato, nel dibattimento.

Dunque in sè e per sè, la decisione dell'invio, o no, a giudizio é veramente decisione accusatoria, propria di chi sostiene l'accusa, di chi esercita l'azione penale. Ma si danno tempi in cui sia pure sotto l'influenza anche inavvertita del precedente metodo inquisitorio, la fiducia per un cotale atto si riserba esclusivamente per il giudice. È un'esagerazione, a dir vero, ed é anche una incoerenza, perchè in ultima analisi si è poi sempre costretti a riporre fiducia nel Pubblico Ministero quando agisce senza istruzione formale oppure con la sola istruzione sommaria propria del flagrante. Nè razionalmente é bene che si asseconi codesta tendenza ad una diffidenza così esagerata e incoerente di nuovo rispetto alla speciale scelta che si fa del funzionario per l'accusa. Anzi é meglio assai, per raddrizzare i giudizi sulla natura degli atti e delle funzioni il dire apertamente, che nel decidere sull'invio a giudizio non fa mestieri d'un giudice.

L'istruttoria è finita, e non si tratta che di formulare o no secondo le sue risultanze l'atto d'accusa, ne delibere chi deve formularlo, chi d'altronde gode pure della maggiore libertà di giudizio, giacchè l'accusatore pubblico non è vincolato in sua coscienza dal suo superiore ■ neppure dallo stesso giudice per rispetto alle conclusioni che egli Pubblico Ministero deve pronunziare.

In ogni caso, pur adottando il sistema della decisione formale per opera d'una giurisdizione collegiale istruttoria, questa decisione dovrebbe essere fatta per l'accusa e non per il giudizio. Ora siccome, poco o molto, inevitabile è la prevenzione che esercita tal decisione giudiziaria collegiale e solenne sopra i giudici del merito, non è chiaro che essa non potrebbe richiedersi senza pericolo di turbare la natura della funzione accusatoria. Sia che si operi per raccogliere e valutare le prove da servire di base all'accusa, l'intervento del giudice come imparziale supremo, *attesa l'impossibilità che in certi atti si ammetta l'intervento della difesa nel periodo istruttorio*, è un intervento, giustificato e circoscritto, ed è giustificato perchè appunto circoscritto e privo d'influenza sul giudizio di merito. Ma dal momento che d'atti simili da farsi per l'istruzione non è più il caso, essendo il processo già istruito l'atto non ha più da portare l'impronta del carattere autoritativo non deve la deliberazione sull'invio a giudizio essere un atto di *potere sovrano obbiettivo*, ma basta che sia o un atto di funzione pubblica o anche solo un atto di accusatore investito d'un diritto subbiettivo ■ pubblico. Come il giudice istruttore non aveva a primo deciso nulla per ispingere innanzi l'azione penale, ma solo aveva istruito le prove, così ora il pubblico accusatore decide lui, e decidendo egli non viene punto a mettersi al disopra dell'istruttore. Il cui operato egli non giudica, ma accetta, valuta, ■ secondo la sua libera valutazione, siccome non data da alcuno e dal giudice non potutasi dare, perchè a ciò egli è incompetente, egli liberamente decide in conseguenza. E il solo modo di tenere

nettamente separata l'una dall'altra fase, conservando intere le garanzie formali dell'oralità, del contraddittorio e della pubblicità, perchè l'influenza spuria della decisione giudiziale presa all'infuori di queste garanzie, è sbandita affatto dal giudizio definitivo.

Attribuire l'atto della decisione sull'invio a giudizio, non già all'accusatore, ma al giudice, sovverte ogni principio e confonde le diverse funzioni. Il Pubblico Ministero noi lo vogliamo libero per averlo responsabile come deve essere chi ha assunto l'iniziativa dell'azione penale e dell'esercizio che di questa è investito. Ora imposto il giudizio collegiale sull'invio, il Pubblico Ministero non ha più la *revocabilità* dell'azione penale, ed il suo convincimento sarà forzato, se non nel concludere, certo nell'agire. Coloro che sostengono la *revocabilità* fino alla decisione sull'invio a giudizio incoerentemente attribuiscono il giudizio d'invio ad una giurisdizione collegiale istruttoria o anche al giudice istruttore nei casi più semplici in cui non interviene la Camera di Consiglio. Chi vuole seriamente tutelata la libertà di coscienza del Pubblico Ministero riconoscendogli il diritto di revocare l'azione penale sino a tantochè non siasi deliberato l'invio a giudizio, deve per logica necessità volere che *mai*, salvo i casi d'opposizione e gravami, abbia una giurisdizione giudiziaria a pronunciare essa tale invio, mentre appunto se debba, e no, aver luogo l'invio, lo deve unicamente il Pubblico Ministero col mantenere o revocare l'azione penale.

Anche qui è opportuno inserire quanto si fece nel Belgio in riguardo a questo argomento.

Il progetto governativo del nuovo Codice di Procedura Penale nel Belgio accorda all'imputato e al suo difensore diritti assai notevoli, e inoltre prescrive che gli atti del processo siano posti a disposizione della difesa almeno tre giorni prima di quello in cui il giudice istruttore fa il suo rapporto alla Camera di Consiglio. In detto Progetto il segreto della procedura non esiste che nella prima fase della procedura preparatoria. Il segreto cessa e l'im-

putato conosce tutti i carichi prima del giorno in cui i magistrati competenti statuiscono sulla *mise en prévention*.

Contro poi la pubblicità delle parti nell'istruttoria nel Rapporto Thonissen (p. 45) si ricordano le seguenti obiezioni: 1° le lentezze dell'istruttoria, già deplorate ora, s'accrescerebbero e senza rimedio: quante questioni, quante lotte di parole, quanti incidenti di procedura si solleverebbero ora dal Pubblico Ministero, ora dalla difesa! E la presenza dell'imputato ad ogni atto d'istruttoria renderà del tutto impossibile le *delegazioni* e le lettere *rogatorie*. I testimonii domiciliati in diverse provincie dello Stato dovrebbero tutti comparire dinanzi al giudice istruttore e l'imputato stesso dovrebbe esservi trasportato dovunque si trattasse o di procedere ad una perquisizione domiciliare o di esaminare un testimonio incapace di muoversi. Dunque dovrebbero proibirsi tutte le delegazioni; se l'istruttore le autorizzasse, avrebbe in ciò facile mezzo di sbarazzarsi quasi sempre della presenza dell'imputato e del suo difensore. Ne risulterebbero spese, inciampi, ritardi considerevoli: aumento d'un gran numero di magistrati; l'interesse sociale sarebbe quello che verrebbe soprattutto danneggiato. In pratica nella maggior parte dei casi il giudice istruttore non riesce a scoprire la verità che con lunghi e perseveranti sforzi, con l'autorizzare la presenza dell'imputato e del suo difensore peggiorerebbersi la situazione già penosa oggidì. Per quanto leali e delicati siano i difensori, questi saranno sempre tentati aiutare il cliente, e questo, se colpevole, ha il suo primo interesse nel rendere sterili le investigazioni della giustizia. La notizia di tutti gli atti d'istruzione, gli fornirebbe un mezzo infallibile di suscitare al giudice ostacoli insormontabili. I complici sarebbero tenuti desti, i ricettatori sarebbero messi in guardia, i testimonii poco scrupolosi sarebbero esposti ad ossessioni incessanti.

Il Progetto Belga dinanzi a tali considerazioni escluse (alla unanimità della Commissione della Camera dei Rappresentanti) il principio della pubblicità dell'istruttoria preliminare riservandosi

d'accordare all'imputato tutte le garanzie che l'esercizio efficace della difesa richiede.

Il Progetto Belga, ammessa l'iniziativa dal giudice istruttore nel solo caso di flagrante crimine, dà ad ogni *persona avente interesse* (ancorchè non siasi costituito parte civile) all'azione penale facoltà di richiedere all'istruttore d'istruire, quante volte il Pubblico Ministero s'astenga. A infrenare gli abusi basta la pena dei calunniatori e l'obbligo della riparazione civile, come pure la vigilanza del giudice istruttore.

Il Progetto Belga della Camera dei deputati (art. 68) dà al giudice istruttore, però senza spostamento ■ senza ritardo di procedura, facoltà di accordare la comunicazione degli atti all'imputato e al suo difensore.

E l'art. 69 dispone che il giudice istruttore debba secondare le richieste del Pubblico Ministero e le domande dell'imputato fondato su d'un diritto che la legge gli accorda. Però se crede non doverle accogliere, farà risultare tal rifiuto con ordinanza motivata. E l'art. 70 dà al Pubblico Ministero ■ all'imputato facoltà d'appello che però (art. 71) non è *sospensivo*, ■ ne deciderà la Camera d'accusa (art. 74) ■ allora sono intesi anche l'imputato ed il difensore, anzi il difensore può prendere cognizione degli atti però senza asportarli nè ritardare l'istruzione, il Pubblico Ministero farà il suo rapporto avvertendone prima però l'imputato perchè possa esservi presente.

Il Progetto Belga occupandosi del *sopraluogo* lo rileva come atto importantissimo ed efficacissimo, perchè con esso il magistrato opera i sequestri, fa le verificazioni necessarie, sente i testimoni del primo momento, ■ con questi mezzi si ottiene d'ordinario la manifestazione delle circostanze anteriori e concomitanti la perpetrazione del fatto. E' così che si possono accertare le tracce fuggitive del reato prima che siano scomparse. Qui l'acutezza, l'esperienza, la prontezza, l'abile condotta d'un giudice può bastare spesso a imprimere al processo una direzione rapida e si-

cura. Soprattutto importanti poi sono le *visite domiciliari*, spesso necessarie per cogliere la verità. Il *crédito* del negoziante, le relazioni dell'uomo politico, le confidenze personali, gli sfoghi dell'amicizia, i segreti della famiglia, tutto ciò che attiene all'esistenza intima dell'uomo e del cittadino trovasi qui a disposizione del magistrato investito del diritto di prescrivere questo formidabile mezzo d'investigazione.

Affinchè non manchino le garanzie costituzionali, è qui necessario che la natura e i limiti del potere giudiziario vengano nettamente determinate.

Il Progetto Belga governativo all'art. 78 (art. 85 della Commissione della Camera dei Deputati) prescrive che la *perquisizione domiciliare* si faccia in presenza dell'imputato se è in arresto, e l'autorizzazione, se non detenuto, ad assistervi od a farvisi rappresentare.

Il Progetto francese ha esteso tale intervento anche nei sopra luogo (art. 47 e seguenti ■ art. 127), il Codice di Procedura Penale austriaco autorizza sempre la presenza del difensore e richiede quella dell'imputato quando sia utile per riconoscere gli oggetti ■ per ottenere le informazioni necessarie (§ 116 ed anche § 97); quello germanico (§ 191) autorizza pure la presenza dell'imputato e del difensore a tutte le operazioni dell'ispezione oculare. Nel Codice Austriaco anzi intervengono pure due *testimonii giudiziali*. E il Progetto Belga della Commissione della Camera dei Deputati segue pure questo sistema, che prescrive l'intervento dell'arrestato dà facoltà d'intervenire al non detenuto autorizzando in ambi i casi la presenza del difensore (art. 82) e prescrive che si dia avviso del trasporto sopra luogo all'imputato e al difensore, quando *gl'interessi dell'informativa lo permettano*. Al pari della *visita domiciliare* il *sopraluogo* può pure esercitare influenza decisiva sulla sorte dell'imputato. Non vi ha poi ragione di fare, come fa il Codice francese art. 39 per la visita domiciliare, differenza tra l'imputato in arresto ■ quello che non lo è. Anche l'art. 143 del

nostro Codice di Procedura Penale non la fa (trattasi della visita domiciliare perchè l'intervento per il *sopraluogo* noi non l'abbiamo, per questo, invece dell'imputato, interviene il padrone o il guardiano, e in difetto due parenti o vicini, e mancando questi si può procedere ugualmente alla perquisizione).

L'esperienza, il *tatto* e i lumi del *difensore* suppliranno poi all'ignoranza e al turbamento dell'imputato egli veglierà agli interessi del cliente e aiuterà la giustizia segnalandogli errori e le omissioni che l'istruttore possa commettere. Però non potrà impacciare il moto delle operazioni che rimangono sempre sotto la direzione dell'istruttore. L'esperienza austriaca e germanica ha tranquillato i timorosi, riconosciuta utile e non ritardatrice la presenza del difensore. Quanto alla condizione a cui è subordinato l'obbligo d'avvisare gl'interessati del trasporto che il magistrato va a fare sopraluogo, il Progetto belga si è attenuto al Codice Austriaco, e non al francese, perchè potrebbe esservi pericolo per la manifestazione della verità se fosse assoluto l'obbligo dell'avviso, per esempio, segnatamente nel caso in cui il sopraluogo avesse per fine di prendere la planimetria d'un immobile o fare il confronto dell'imputato o dei testimonii sul teatro del delitto. Vi sono anche altri casi in cui l'avviso dato anche solo nel momento del trasporto può aver conseguenze funeste: un semplice telegramma può bastare per far sparire, prima dell'arrivo del giudice, gli indizi dei misfatti i più gravi e più pericolosi. Bisogna qui, come nella maggior parte degli incidenti processuali, avere una legittima fiducia nella saviezza e coscienza dell'istruttore. La formola del Codice Austriaco § 116 dice che l'avviso non è obbligatorio quando questi presenti *inconvenienti particolari*; è quindi meglio la formola del Codice Belgico.

È evidente che per la *perquisizione domiciliare*, come per l'*ispezione sopraluogo*, valgono le stesse regole circa la presenza dell'imputato e del suo difensore. Mentre per aver diritto a fare la perquisizione domiciliare il Procuratore del Re deve trovarsi di

fronte al flagrante o all'appello dell'abitante di una casa (capo di famiglia) fatto al Procuratore del Re per accertarvi il delitto flagrante che siavi stato commesso nell'interno della casa (art. 48. del nostro Codice di Procedura Penale), invece pel *giudice istruttore*, appunto per il suo carattere di *autorità* rappresentante un *diritto obbiettivo*, ciò non occorre, anche fuori della flagranza e dell'appello egli può agire, deve agire, quante volte stimi del caso, per fare le ispezioni sopralluogo, le ispezioni oculari, i sequestri, ecc. E anzi di più, il potere del Procuratore del Re essendo *straordinario*, nato solo dalla urgenza delle circostanze, spira con queste.

Il Procuratore del Re può bene introdursi nella casa dell'imputato e in quella in cui è chiamato dal capo della casa o della famiglia (meglio come il Codice Belga, da uno dagli abitanti) ma il giudice istruttore ha diritto di perquisizione in tutti i luoghi presunti racchiudere prove.

Ci si affaccia ora la questione se la perquisizione stessa debba essere motivata da un'ordinanza.

Il progetto Belga è per l'affermativa, ciò che è un ritorno al sistema del Codice del 3 Brumaio, anno IV, art 408, il quale richiedeva che tutte le visite domiciliari fossero precedute da una ordinanza enunciante espressamente le persone e gli oggetti che davano luogo a perquisizione. Inoltre vi è la garanzia dell'invito da farsi al padrone di casa d'assistere alla perquisizione. La presenza dell'imputato è necessaria non tanto perchè la perquisizione avvenga nel suo domicilio, quanto perchè essa può contribuire alla manifestazione della verità, onde non c'è ragione di limitarne la richiesta per le sole perquisizioni domiciliari, ma essa deve procurarsi in tutte le ispezioni oculari.

Riassumendo quest'argomento noi crediamo che meglio dei due giudizi odierni si potrebbe avere una vera e propria giurisdizione istruttoria con intervento della difesa.

Nel canton Ticino si trovò l'istituto della Camera dei Ricorsi.

A questo proposito inseriamo qui le obiezioni fatte da Gautier alla Camera dei Ricorsi ticinesi.

1) L'accusato o il difensore potrebbe negligenza l'uso del ricorso in casi di necessità,

2) L'accusato col ricorrere inverte le posizioni diventando egli stesso attore ed è obbligato a dimostrare i vizi formali dell'accusa, sia perchè designi un magistrato incompetente, sia perchè non tiene conto delle cause che sospenderebbero o escluderebbero l'esercizio dell'azione penale e eliminerebbero il reato. Sarebbero eccezioni perentorie e l'accusato elevandole incontrerebbe l'obbligo di provarle similmente al caso del ricorso in cassazione. Il sistema francese impone al Pubblico Ministero il carico della prova.

3) I motivi di ricorso debbono essere indicati.

Le risposte però non sono difficili :

1) Non è probabile tale negligenza : ci sono i veri, diretti interessati, che non mancheranno di rilevare i vizi dell'atto di accusa, ecc. e interporre il ricorso. Perchè presupporre che il magistrato vegga più o meglio di loro ? Per presumere ciò bisognerebbe dar ragione al processo inquisitorio, il quale appunto ripone tal fiducia nel giudice.

2 e 3) La perentorietà dei motivi non è un buon argomento, perchè in penale non è così semplice come in civile il *reus excipiendo fit actor*, in penale essendo il Pubblico Ministero obbligato a ricorrere anche nell'interesse dell'imputato, massimamente nel caso di revisione straordinaria delle sentenze, ed essendovi inoltre i motivi d'ufficio rilevati dal magistrato, specialmente da quello di Cassazione. All'accusato che si lagni dell'atto d'accusa deve bastare d'allegare motivi compresi nella legge, cioè uno dei tre capi di motivi indicati nell'art. 169 del Codice Ticinese di Procedura Penale (cioè atto d'accusa fatto con violazione di forme - designazione di giudice definitivo incompetente - eccezioni sospensive ed estintive dell'azione penale od escludenti la

reità del fatto); se poi non coglie nel segno quanto alla dimostrazione del proprio assunto come ricorrente, il magistrato opera d'ufficio supplendovi.

Secondo noi la giurisdizione istruttoria dovrebbe essere facoltativa anche nelle cause di competenza della Corte d'Assisie in questo senso.

1°) Che nei casi di *flagranza* di regola si escluda, e solo si ammetta se chiesta dalle parti concordi ;

2°) Che nei casi di *quasi flagranza* basti che la domandi una sola delle parti.

3°) Che nelle cause promosse senza *flagranza* o *quasi flagranza* possano le *parti*, interrogate, rinunziarvi, anzi basti il consenso dell'imputato a escludere l'istruttoria (§ 271 del Codice Norvegese).

4°) Che la confessione corroborata e sincera di regola escluda l'atto d'accusa suggellante l'istruttoria ed escluda pure i giurati (e, se ci fossero, gli scabini).

Per quanto riguarda l'intricatissimo argomento dell'istruzione, riportiamo qui i principii stabiliti in Francia colla legge del 8 dicembre 1897.

1°) Facoltà all'imputato di non rispondere avanti al giudice istruttore ;

2°) Assistenza di un difensore sin dal principio dell'istruzione, con la libertà di conferire col difensore, salvo i casi di divieto speciale ;

3°) Facoltà del difensore di prendere cognizione dei documenti nel corso del processo ■ di ricorrere alla Camera di Consiglio ;

4°) Prima dell'interrogatorio definitivo debbono essere comunicati gli atti ;

5°) Diritto di chiedere il completamento degli atti utili alla difesa ;

6°) Ricorso alla Camera di Consiglio contro le ordinanze del giudice istruttore ;

7°) Diritto di assistere alle visite e perquisizioni;

8°) Diritto di sindacare le perizie ordinate dal giudice istruttore;

9°) Dibattimento vero e proprio dinanzi alla Sezione di Accusa (non fu ammesso nella legge).

Non si può dire che con questa legge si sia introdotta una vera pubblicità delle parti, ma per lo meno questa si estende a tutti gli atti più importanti dei quali la riproduzione al dibattimento riesce impossibile.

6. — La difesa nell'istruttoria secondo il Codice Italiano. — Quale posizione ha l'imputato nell'istruttoria italiana?

1°) Non è un *convenuto*, perchè può essere *citato verbalmente* con mandato di comparizione, e *citato realmente* con mandato di cattura, ■ non ha poteri per difendersi. In verità neppure egli è *citato*, perchè il mandato di comparizione *non deve* indicare l'oggetto dell'imputazione, quest'obbligo c'è solo per il mandato di cattura: art. 188, 192 C. p. p.

2°) È sottoposto all'*interrogatorio*, atto di somma importanza per chiarire la innocenza o minore colpeabilità, e anche per confessare liberamente: art. 46, 73, 79, 231 C. p. p. Gli interrogatorii devono essere chiari, precisi ■ diretti ad accertare imparzialmente la verità art. 233. All'imputato può permettersi nei congrui casi di ricorrere a note ■ memorie art. 234. Lo si eccita espressamente a dichiarare se ■ quali prove abbia a suo discarico; il verbale farà menzione dell'eccitamento e delle risposte: art. 233. Gli si presentano gli oggetti costituenti il corpo del reato per dichiarare se li riconosca e a qual uso destinati e perchè trovati presso di lui, e in generale lo si interroga su ogni circostanza atta a chiarire la verità, art. 235. In caso di confessione il giudice glie ne fa spiegare le circostanze e l'interroga su tutto quanto possa chiarire ■ comprovare la confessione, se vi siano agenti principali e complici, facendosi indicare i testimoni informati del

fatto, e se ritratta ne dirà i motivi, art. 236. Naturalmente non può essergli deferito il giuramento, che sarebbe per lui una tortura, anche in ordine al fatto altrui, art. 232.

L'importanza dell'interrogatorio si desume anche dall'art. 258, che sotto pena di nullità estesa all'ordinanza di rinvio e alla sentenza d'accusa, art. 638, 639, vieta all'istruttore ed alla Camera di Consiglio di fare il rinvio al tribunale e la trasmissione degli atti al Procuratore generale se l'imputato non sia stato interrogato, o se almeno non siasi spedito mandato di comparizione o di cattura rimasto senza effetto.

Non perciò l'interrogatorio è bastevole garanzia di difesa e di verità. È in balia dell'istruttore l'esaminare tutti o in parte i testimoni a carico e discarico secondo ch'egli stimi necessario, art. 461, nè l'imputato ha mezzo alcuno di far correggere il mal uso di tale facoltà in proprio danno: a tal fine non bastano gli articoli 204, 422 e 423.

S'aggiunge la facoltà del Pubblico Ministero e dell'istruttore di far isolare l'imputato in carcere, art. 816, 822, e così privarlo di notizie atte a giustificarlo.

Ond'è che l'imputato essendo, solo come è, incapace a sindacare l'operato dell'istruttore, quelle prescrizioni di legge si rivolgono alla coscienza del giudice e si risolvono in meri consigli.

Le nullità incorse nell'istruttoria di regola sfuggono al ricorso: esse o vengono rilevate d'ufficio dalla Camera di Consiglio o dalla Sezione d'Accusa, quando è fatta opposizione all'ordinanza dell'istruttore o della Camera di Consiglio, raramente dall'imputato o dalla parte civile, in più frequenti casi dal Pubblico Ministero o quando Camera di Consiglio e Sezione d'Accusa delibano per decidere sul rinvio. Il Pubblico Ministero può pure elevare la nullità nell'interesse dell'imputato.

In caso d'istruzione l'imputato mai può eccepirla, egli può solo opporre l'incompetenza dell'istruttore, art. 237, Siano pure viziate le ordinanze dell'istruttore e della Camera di Consiglio

che lo rinviando a giudizio, egli non ha rimedio, articoli 251, 252, 253, 257.

Solo in caso d'istruttoria per reati di competenza di Corte d'Assise all'imputato, dopo che gli atti son trasmessi dalla Camera di Consiglio al Procuratore Generale è dato d'essere assistito da un difensore, il quale ispeziona gli atti e presenta memorie alla Sezione d'Accusa; purchè esso imputato sia in carcere o vi si costituisca se sia in libertà provvisoria, art. 423; ma non può far ispezionare gli atti se non sia in carcere, nè presente in giudizio; allora può solo presentar memorie: la Sezione d'Accusa può così essere invitata a correggere le nullità incorse, ma non è poi prescritto alla Sezione d'Accusa di provvedere sulle istanze di lui.

Si noti che i vizi possono dopo tanto tempo, non più essere riparabili quando il processo sta innanzi alla Sezione d'Accusa.

Più tardi, cioè dopo notificatigli la sentenza e l'atto d'accusa, l'accusato ha nei cinque casi seguenti il ricorso in Cassazione.

1°) Se il fatto non è qualificato dalla legge per reato di competenza della Corte d'Assise;

2°) Se vi fu violazione od omissione di forme prescritte a pena di nullità;

3°) Se il Pubblico Ministero non fu sentito;

4°) Se la sentenza non fu pronunciata dal numero prescritto di giudici, ovvero se un d'essi non assistette a tutte le adunanze;

5°) Se l'accusato fu mandato davanti a giudici incompetenti, art. 454 e seg.

In tema di reati di competenza media ed infima l'imputato non ha diritto di chiedere riparo alle nullità, eccetto che per l'incompetenza dell'istruttore, art. 237, nel rimanente le disposizioni della legge son tanto incerte, da non garantire ulteriori ripari. Detta eccezione d'incompetenza si presenta al giudice istruttore e contro la sua ordinanza l'imputato al pari del Pubblico Ministero ha l'appellazione alla Sezione d'accusa.

È poi da notare che per molti provvedimenti di legge a tu-

tela della sincerità e serietà ■ celerità dell'atto e quindi ■ tutela della libertà civile, manca la sanzione di nullità in caso d'inoservanza, per esempio, quelli per assicurare all'imputato la sua discolta nell'interrogatorio, per escludere il suggesto, per assicurare la comunicazione degli atti fra le diverse autorità partecipi al processo, per le requisitorie e per le ordinanze. E il difetto di garanzia fa pensare che intanto geme nel carcere un uomo che può non essere reo, e una famiglia è nella desolazione.

Nè basta. Al Procuratore del Re è dato il termine di 24 ore per fare opposizione alle ordinanze dell'istruttore difformi dalle sue richieste, art. 97 ■ 261; ma all'imputato questo termine non giova, non essendo prescritto che tale opposizione gli venga notificata; di più l'art. 245 non obbliga il Procuratore del Re a notificare all'imputato quelle opposizioni ch'egli può produrre nelle 24 ore contro le ordinanze della Camera di Consiglio divergenti dalle sue conclusioni ed emanate sulla domanda dell'imputato per la libertà provvisoria o cauzione.

L'art. 199 (modificato dalla legge 30 giugno 1876) minaccia la decadenza del mandato di cattura se la Camera di Consiglio entro 10 giorni dall'interrogatorio non dia i provvedimenti in esso articolo indicati intorno alla legittimazione della cattura. Ma poi all'imputato che è il primo e vero interessato a far pronunciare quella decadenza, non è dato a tal fine la opportuna facoltà, onde si deve attendere che per controsenso la provochi o il Pubblico Ministero cui starebbe a cuore l'arresto, o il giudice istruttore autore del mandato di cattura e relatore alla Camera di Consiglio e rimasto in ritardo nel preparare alla Camera di Consiglio gli atti, perchè questa deliberasse sulla cattura in tempo, oppure la Camera di Consiglio stessa, di cui parte precipua è l'istruttore del quale divide le preoccupazioni in favore dell'accusa.

L'art. 199 è dunque una *difesa* più a parole che a fatti.

Quanto all'art. 201 che dà all'imputato facoltà di presentare memorie alla Camera di Consiglio, è una lustra di difesa, non altro.

Il segreto di tutta l'istruttoria osta a trar vantaggio di questa facoltà. Il segreto copre persino il passaggio degli atti processuali, non si sa il giorno in cui la Camera di Consiglio è convocata, nulla.

Nell'istruttoria l'imputato ha un solo diritto quello di chiedere la libertà provvisoria ■ di gravarsi alla Sezione d'accusa dalle ordinanze della Camera di Consiglio respingenti la sua domanda o fissanti cauzione eccessiva, art. 215.

L'imputato non ha diritto di gravarsi presso la Sezione d'Accusa dalle ordinanze della Camera di Consiglio che lo rinviando a giudizio, mentre il Pubblico Ministero ha poteri di ricorrere contro tutte le ordinanze, ■ persino alla Parte civile è dato il ricorso contro le ordinanze di proscioglimento.

Anche dopo la trasmissione degli atti al Procuratore Generale per il procedimento per reato di competenza della Corte di Assise, art. 255, l'imputato non ha tutte le garanzie dovutegli. Gli si notifica la requisitoria, gli atti son depositati in cancelleria, per 8 giorni con permesso a lui di farli osservare da un avvocato, e gli è data facoltà di produrre le memorie, art. 422, 423, 424, 425, 426, 427, ecc. Abbiamo già visto però cosa gli costa questa facoltà: tranne che il delitto sia punibile con sola interdizione dai pubblici uffici, l'imputato ammesso a libertà provvisoria o interrogato per mandato di comparizione, non può far osservare quegli atti depositati se prima non si costituisca in carcere, e può solo presentare le memorie, art. 423.

In sostanza nell'istruttoria italiana l'imputato non è un soggetto, non un convenuto, ma un oggetto d'inquisizione e trovasi in uno stato relativo d'interdizione legale rispetto ai suoi diritti di cittadino. Si sacrifica così il diritto individuale, ■ lo stato apparisce governato non secondo il *diritto*, ma secondo l'*utile* supposto del potere sociale di perseguire i supposti colpevoli.

Fuori del diritto riguardante la sua libertà provvisoria l'imputato non ha altra *facultas agendi*. È estraneo all'istruttoria persino a quei due atti cardinali di essa che sono la legittima-

zione della cattura e il rinvio a giudizio del tribunale penale. È inattivo anche di fronte all'onnipotenza del Pubblico Ministero che, capo della polizia giudiziaria, ha diritto d'intervenire a tutti gli atti del processo, può richiamare gli atti quante volte voglia, sospendere con le sue opposizioni la libertà provvisoria o la liberazione definitiva già ordinata dalla Camera di Consiglio, e può far revocare le ordinanze di proscioglimento.

L'imputato non ha nessun diritto di sapere donde gli venga l'accusa, non può assistere ad alcun atto, neanche alle ispezioni oculari del giudice, tranne solo alle perquisizioni che si facciano in casa sua, ove sia presente o in arresto, art. 143. Persino gli si possono ipotecare i beni a favore dello Stato, art. 1969 Codice civile, prima della condanna in seguito al mandato di cattura.

7. Arresto per timore di collusione. — L'arresto può farsi quale semplice *provvedimento di sicurezza di polizia*, sia per proteggere l'arrestato stesso dai pericoli che lo minacciano, sia per impedirgli di metter a pericolo la sicurezza pubblica, sia, infine, per aver sotto mano al sicuro la sua persona nei casi in cui sia sorto un sospetto di *polizia* contro di lui — la polizia cerchi di trasformarlo in un sospetto *giudiziario*. In tutti questi casi trattasi di una privazione provvisoria della libertà, per due giorni al più.

Ma l'arresto può anche farsi come *provvedimento processuale penale* al fine di garantire l'interesse del procedimento. Ciò può avvenire sia per garantire la comparizione dell'imputato dinanzi al giudice, sia per assicurare in tutti i casi l'applicazione della pena carceraria applicata al reo, onde allora l'arresto è di *sicurezza*, che è il caso più importante di privazione prima della sentenza.

Nel processo inquisitorio è rimasto qual motivo di arresto processuale anche il cosiddetto *sospetto di collusione*, cioè il timore che l'incolpato rimasto a piede libero possa abusare

della propria libertà per intralciare l'istruttoria. Si distingue sottilmente scarcerazione da libertà provvisoria, quella perchè siano spariti gl'indizii gravi, questa perchè il fatto appa-
risca meno grave; *a fortiori* dobbiamo distinguere il fatto dell'incolpato di raccogliere le prove a propria difesa, da quello di controperare con atti biasimevoli le ricerche della giustizia. Troppo è facile che il giudice confonda questa seconda condotta colla prima: egli ha interesse a vedersi agevolata l'opera sua, ogni esercizio dell'altrui libertà che non sia per favorire il giudice o non vada di traverso alle aspettative del giudice, gli fa ombra, gli dispiace. Non bisogna stare nell'astratto; in concreto l'atto di raccogliere le prove a difesa si traduce facilmente nell'animo del giudice, in un atto che *intralcia* l'opera sua.

Il diritto inglese non ammise mai un siffatto motivo d'arresto. La ragione è evidente: il motivo è valutato da quello stesso giudice che ha interesse a trovare nell'imputato un compiacente o almeno chi non gli turbi i calcoli. Il giudice noi lo vorremmo impersonale, ma non è possibile che nella propria ipotesi egli di sovente non sia contrastato dall'opera defensionale; ed allora egli diventa un avversario dell'imputato. La collusione che cosa è dunque perchè si tema tanto? Essa non è altro, almeno in Inghilterra, che un atto di difesa *« nell'attacco sta la migliore parata. »*

Per saggiare un processo e vedere se sia veramente accusatorio, basta osservare se ammetta o no l'arresto per sospetto di collusione. Quasi dappertutto nel continente di Europa regna a questo riguardo il sistema inquisitorio. È vero che si è cercato di limitare l'arbitrio del giudice fissando con cura i casi in cui l'arresto per collusione si possa ammettere; ma sembra uno sforzo inane. È così che, per esempio, il Codice ticinese stabilisce che non ostante la prestata cauzione, l'imputato è ricondotto in carcere se fa preparativi di fuga, se citato non compare senza sufficiente giustificazione, oppure se nuove circostanze rendano

necessario il suo arresto (art. 44), mentre poi per ammettere la cattura richiede, fra altro, che l'imputato sia privo di domicilio, vagabondo, ecc., o non cittadino svizzero quando siavi fondato motivo di dubitare che non comparirà in giudizio o non si presenterà all'esecuzione della sentenza (art. 38). A Zurigo si vuole che possibilmente si applichi con parsimonia l'arresto per collusione (§ 787). Si prescrive anche generalmente che tale arresto venga tolto non appena sia rimosso il pericolo di collusione. E l'art. 49 ticinese obbliga tutte le autorità cooperanti al processo di fare in modo che il carcere preventivo non sia protratto oltre il necessario.

Zachariae ha dimostrato chiaramente come l'arresto per collusione non si concili col principio d'accusa. A che deve servire l'istruttoria? Al fine dell'accusa. Ciò posto, non si può parlare più di un impedimento a forza imposto alla difesa nell'esercizio dei suoi diritti. Se vi fosse da temere *realmente* una collusione, a ciò provvederebbe già il Codice penale punendo la *istigazione al falso giudiziale* e similmente.

È un vero eccesso mettere in carcere un uomo per il semplice timore di collusione. Così intesero bene la cosa i Codici di Soletta e di Basilea città. Il § 134 del Codice di Soletta potrebbe prendersi a modello per fare una legge. Esso così dice:

« L'imputato non dev'essere posto in custodia d'istruzione, se non quando urgenti motivi di sospetto siano esistenti contro di lui ed egli sia in sospetto di fuga o sianvi fatti dai quali dovesse dedurre che egli distruggerà le tracce del fatto e che subornerà testimonii, e compartecipi a una falsa deposizione, o indurrà testimonii a sottrarsi all'obbligo di deporre. *Questi fatti debbono registrarsi nel verbale.* - Il sospetto di fuga non abbisogna di ulteriore motivazione, quando un reato formi l'oggetto dell'istruzione o quando l'imputato non abbia domicilio fisso nel cantone. » (Cfr. Basilea città, § 44).

A chiusa dell'argomento riportiamo che Meyer dice, che la

conseguenza del timore di collusione è questa, che l'arresto applicato per effetto di ciò *non può essere escluso né fatto cessare per via di malleveria*, ciò che è giustamente riconosciuto anche nelle leggi.

8. Competenza. — In quanto al giurì vedi legge 8^a Giugno 1874.

9. Competenza per ragione di materia. — Essa viene determinata dalla *natura*, cioè qualità e quantità dei reati, prende norma dal titolo di questi e non dalle circostanze minoratrici che possono influire sopra la pena.

Le modificazioni agli art. 9 e 11 p. p. recate dal R. Decreto 1^o Dicembre 1889 non mutano a questo riguardo il metodo prima in vigore nel codice nostro ; sono anzi una mera conseguenza del bisogno di coordinamento del Codice penale in ordine al nuovo sistema punitivo ed alla bipartizione dei reati sulla base del loro carattere intrinseco.

A maggiormente rafforzare poi tale principio stanno da un canto l'abrogazione dell' articolo 440 e la modificazione dell' articolo 12 del Codice di procedura penale.

10. Ragioni giustificative dell'abrogazione dell'articolo 440 del codice di procedura penale. — « L'abrogazione dell' articolo 440 del Codice di procedura penale dipende da più motivi convergenti e gravissimi.

« 1^o. Il *titolo* del delitto di carattere politico. attentati contro « la sicurezza dello Stato, delitti politici di che nella legge sulla « stampa, art. 18-24, delitti elettorali, abusi dei ministri del culto « (182 e 183) Codice penale, bancarotta fraudolenta nei casi gravi e « delitti puniti con ergastolo o reclusione o detenzione non minore di 5 anni nel minimo, o superiore di 10 nel massimo.

« Per la gravità *originaria* del titolo, *esclusiva* è la competenza delle Assise coi giurati, « ciò risulta dall' indole della

“ sentenza d'accusa che rinviando al dibattimento è *attributiva* di
“ competenza; ed *esclusiva* è pure per l'indole dei fatti di ca-
“ rattere politico.

“ 2°. Quel Giudice che è competente per i più gravi reati,
“ offre le garanzie tutte per giudicare bene anche dei meno gravi.

“ 3°. Al punto in cui sono giunte le procedure sarebbe
“ doppiamente dannoso rinviare un reato di *titolo inferiore* al
“ tribunale o pretore: già la causa è al dibattimento, l'eccezione
“ d'incompetenza non serve più ad assicurare risparmi nè di tempo,
“ nè di atti, nè di spese.

“ 4°. Alle Assise ci sono le garanzie *maggiori*.

“ 5°. È giusto che di queste si giovi l'imputato che fu tra-
“ scinato lungamente in una procedura istruttoria, che egli *forse*
“ avrebbe totalmente schivata se il giudizio si fosse riconosciuto
“ subito di competenza inferiore, *in parte* l'avrebbe schivata
“ *sempre* rispetto all'ultimo stadio dell'istruttoria nel giudizio
“ davanti alla Sezione d'accusa. — È pur giusto che l'imputato
“ che sofferse forse anche, e molto probabilmente il carcere pre-
“ ventivo, goda i vantaggi inerenti al giudizio per giurati, cioè
“ con giudici popolari, ma oralità più *scrupolosa*, esclusione
“ della prova legale nei rapporti e verbali della polizia giu-
“ diziaria.

“ Tali motivi non concorrevano invece per fissare in modo
“ egualmente invariabile ed esclusivo la competenza del tribunale
“ penale. Qui la facoltà del rinvio al pretore, data alla C. cons.
“ quando lo deliberi ad unanimità per la tenuità del reato o per
“ circostanze di scusa o mitiganti, eccetto le generiche di che
“ nell'art. 59 C. p. (perchè queste porterebbero altrimenti ad una
“ *delegazione diretta* che la legge farebbe al giudice del potere
“ di stabilire esso la competenza, porterebbe seco cioè una abdi-
“ cazione di potere legislativo), è una facoltà correlativa all'uni-
“ formità del giudice — sempre si ha un giudice togato — corre-
“ lativo inoltre all'identità del sistema probatorio, e per giunta

« senza che vi sia una mutazione di titolo che impropri la
« cognizione del pretore, ma vi è solo minorazione di entità
« (*quoad quantitatem*) senza variazione sostanziale (*quoad quali-*
« *tatem*) e si risparmiano spese ■ perdi tempi inutili, anzi dannosi »

11, L'art. 12 p. p. e la determinazione della competenza. — È dall' esame di questo articolo che dobbiamo procedere per risolvere i dubbi che possono sorgere sulla determinazione della competenza.

Essa, come già sappiamo, per l'art. 12 del codice di procedura penale, modificato dal decreto 1 dicembre 1899, è determinata dalla pena stabilita per il titolo di reato, e non dalla pena risultante dalle circostanze che diminuiscono la detta pena; giusto com'era per il testo primitivo dello stesso articolo. Senonchè oggi è importante determinare i criterii secondo i quali il titolo si distingue dalle circostanze del reato assai più che prima non fosse, per essersi col decreto suddetto soppresso l'art. 440 del codice di procedura penale, per cui la sezione d'accusa aveva facoltà di rinviare al giudizio del tribunale le cause per reati di competenza della Corte d'assise, quando, per effetto di qualsiasi circostanza attenuante, la pena applicabile fosse nei limiti di competenza dei tribunali.

Con tale disposizione le Camere di consiglio si dispensavano dall' esaminare se, ad esempio, il tentativo di un crimine, e perciò di un reato di competenza della Corte d'assise, per il quale non sarebbe stata possibile che l'applicazione di una pena correzionale, e perciò di competenza del tribunale, fosse un titolo di reato diverso dal reato consumato, o ne fosse soltanto una circostanza degradante l'imputazione, di fronte al magistrato superiore della Sezione d'accusa, la quale, largamente interpretando l'articolo 440, e facendo amplissimo uso della facoltà con esso attribuitele, rinviava al tribunale non soltanto la cognizione di quei reati per cui non sarebbe stata possibile l'applicazione di una pena criminale,

ma di quei reati ancora, per i quali sarebbe stata applicabile una pena criminale o una pena correzionale, quando la medesima credeva che la valutazione delle circostanze consigliasse l'applicazione della pena più mite.

Nè siffatto esame avrebbe potuto essere di molto interesse alla Camera di Consiglio e al giudice istruttore per le loro ordinanze d'invio a giudizio, avendo essi, per determinare la competenza del pretore anzichè del tribunale, le stesse facoltà che la Sezione d'accusa aveva per discendere alla competenza del tribunale, in virtù degli articoli 252 e 257: facoltà non mutate, benchè da esercitarsi in più ristretta sfera, per il decreto del 1889. Per cui oggi sono di gran momento le questioni che la pratica può fare insorgere per distinguere il titolo del reato dalle circostanze diminuenti la pena stabilita dalla legge, al fine di distinguere i reati di competenza del tribunale da quelli di competenza della Corte d'Assise; e l'interesse di tale esame per distinguere i reati da sottoporsi al tribunale da quelli giudicabili dal pretore è limitato al fine di rendere obbligatorio anzichè facoltativo il giudizio del pretore, e di conferire a questa autorità di investirsene da sè stesso.

12. Competenza per reiterazione. — Si ha la reiterazione, quando più reati diversi sono commessi da una stessa persona, ma non presentano alcun nesso intrinseco ed ontologico tra di loro. La reiterazione riunisce le cause nelle mani del giudice competente per il più grave reato o per il maggior numero di reati. - Secondo gli art. 26, 27, 28 c. p. p., se mancasse questo criterio, oppure se nell'interesse della giustizia e per altre circostanze non apparisse conveniente l'applicazione del criterio stesso il giudice vien designato dal magistrato di Cassazione. Data la reiterazione di reati di competenza ordinaria gli uni, speciale gli altri, si fa la separazione della competenza, osservate per le pene le norme delle leggi speciali o in difetto l'art. 76 c. p., e l'ordine di precedenza dei giudizi si determina, se non

c. p., e l'ordine di precedenza dei giudizi si determina, se non è fissato già per legge, dalla Corte di Cassazione (art. 26 ultimo capo, 28 ultimo capo c. p. p.)

L'unione delle cause riguardanti più delitti comuni nel territorio di varie corti d' Assise, non può farsi che per reiterazione, mai per connessità (art. 26 combinate coi 19 e 20 p. p.) (1)

13. Competenza per connessità. — La connessità processuale ha per iscopo di riunire nello stesso processo, più fatti che possono venire accertati con prove comuni.

La connessità può distinguersi in *subbiettiva* o personale e *obbiettiva* o reale.

Si ha connessità subbiettiva quando il legame non esiste nei reati fra di loro, ma fra essi = le persone dei colpevoli. Sia che una sola persona abbia commesso più reati, ciascuno giuridicamente stante di per sé sia che uno stesso reato sia stato commesso da più persone (art. 21 prima parte) Connessione *obbiettiva* si ha invece quando più persone sono coimputate del medesimo reato ovvero i reati da esse commessi, trovansi in stretto legame causale tra loro. — Veramente la dizione dell'art. 21 del nostro codice confonde, nella prima parte di esso la vera connessità *oggettiva* con quella semplicemente *soggettiva*. In fatti nel caso di previo concerto si può già scorgere quell'inscindibilità, che si spiega più chiaramente nel nesso da mezzo a fine, quale si ha nel caso in cui un reato serve a commetterne un'altro.

Volendo ancora distinguere nell'art. 21 le forme di connessità in rapporto al Diritto materiale, noi potremmo nella 1.^a parte dell'art., comprendere il *concorso materiale* di reati, risultante unicamente dall'identità del soggetto attivo (art. 67 e seg. c. p.) non solo, ma eziandio i casi applicabili di concorso di più persone nello stesso reato di cui si tratta agli art. 63 = 64. Nella seconda si deve necessariamente comprendere il *concorso reale* di reati che sappiamo esistere quando essi siano unificati dal nesso reale di

mezzo a fine, nesso dipendente dalla natura speciale dell' unica risoluzione criminosa (art. 67 c. p.) — Rientra qui evidentemente, il reato continuato risultante da più atti esecutivi anche se commessi in tempi diversi.

L'art. 24 C. p. p. secondo una certa giurisprudenza dovrebbe intendersi nel senso che codeste ipotesi di connesità non siano esclusive, ma dimostrative soltanto.

Ma il principio d' accusa domanda di concentrare l' attenzione del giudice sulle prove orali essenziali — a tal fine mal tollera complicazioni per via di connesità dipinte in modo soltanto analogico dai detti casi del 24 p. p. — Ciò si addirebbe solamente al processo inquisitorio per la sua forma scritta e la grande assoluta libertà del giudice di predisporre la prova. Anche il processo misto deve desiderare in vista del processo orale, che si restringa, anzichè allargare, la cerchia dei fatti delle prove, dei delinquenti da esaminarsi, massime col giudice popolare. È già molto larga la semplice relazione di connesità trovata nella semplice riunione di più persone in un tempo medesimo commettendo reati diversi senza alcun accordo fra le medesime, andar più in là potrebbe viziare il processo *misto* per modo da perdere i vantaggi delle forme accusatorie e anche delle inquisitorie.

La connesità è dipendente naturalmente dal sistema processuale penale.

Il sistema inquisitorio tende ad allargarla, sia perchè gli atti essendo scritti, permettono di prolungare indefinitivamente la procedura, sia perchè avendosi in tale processo, specialmente riguardo alla persona del delinquente (*pericolosità subbiettiva*) si cercano, per quanto è possibile, tutte le circostanze che valgono a dimostrarla. Il processo accusatorio invece, che richiede le prove possibilmente orali, deve imprimere al processo una rapidità di svolgimento che necessariamente restringe la connesità.

Per effetto della connesità il giudice superiore in grado, oppure, a parità di grado il giudice competente per il reato più

grave, estende la sua competenza a quegli altri reati, sui quali senza la connessità non sarebbe competente nè *ratione loci*, nè *ratione materiae* (19 e 20 p. p.)

Quando si tratti di più reati fra di loro connessi, gli uni di competenza ordinaria, gli altri di competenza speciale, la connessità è regolata dalle leggi speciali.

Il codice penale militare fa cedere la competenza speciale all'ordinaria, ma prevale la speciale militare quando la pena per reati comuni non superi i 5 giorni di arresto o le 50 lire di ammenda ovvero 1 anno di reclusione o detenzione, mentre quella per il reato speciale non sia minore dei 5 anni di reclusione militare. In tal caso però la pena per il reato speciale assorbe la pena per il reato comune.

Per i reati tutti, di competenza Pretoriale, non si avverano stante la loro levità, gli effetti della connessione. Si noti ancora che l'unione per connessità è *facoltativa* (art. 20 e 45 p. p.), anzi non è assolutamente permessa quando nessuno degli imputati di competenza della Corte d'Assise si trovi presente in giudizio. — Spetta alla Sezione d'accusa, tale facoltà, ed è commessa in vista della natura dei reati o del loro numero, in vista del numero degli imputati, o di altre circostanze che rendono conveniente di preferire il *forum connexitatis*. La riunione può farsi anche in sede di rinvio, ordinato dalla Cassazione, quando il reato scoperto dopo sia connesso col primo già giudicato colla sentenza cessata.

14. Determinazione della competenza *ratione materiae*. — Corte d'Assise. — Essa è magistratura superiore assorbente per conseguenza le competenze inferiori.

Sono di competenza, delle Assise, a norma dell' articolo 9 del Codice procedura penale:

1°. Per la natura dei delitti ed in qualunque caso :

i delitti contro la Sicurezza dello Stato (art. 104 a 123, 125 a 132, 134 a 137 Codice penale);

quelli d'istigazione e provocazione pubblica anche con la stampa a commettere delitti di cui nel titolo I^o. libro II^o Codice penale (art. 246 ■ 247 Codice penale e 43 legge sulla stampa;

delitti contro le libertà politiche (articolo 139 Codice penale) che non costituiscano i delitti di cui agli articoli 89 a 96 legge elettorale politica ■ 92 a 99 legge comunale e provinciale (i quali però sono sempre di competenza delle Assise);

istigazione a commettere i delitti di cui sopra (art. 246 e e 247 Codice penale);

i delitti preveduti negli articoli 14 a 23 della legge sulla stampa;

quelli dei ministri del culto contro i poteri e le autorità dello Stato (art. 182 Codice penale) dell'incitamento per parte del ministro del culto a commettere questi delitti (art. 183 Cod. pen.);

2^o. Per essere applicabile l'ergastolo, nei casi di che agli articoli 104, 106 sanzionato dal Codice penale gli altri di che all'articolo 366 (omicidio qualificato).

3^o. Per essere applicabile la pena della reclusione e della detenzione non inferiore in minimo ai 5 anni e superiore al massimo ai 10.

La Corte d'Assise, senza intervento di giurati, giudica poi, oltre i casi di contumacia (art. 536 Codice proc. pen.) anche i reati d'udienza (art. 626 Codice proc. pen.)

15. Influenza delle diminuzioni di pena per ragione di età dell'imputato sulla competenza della Corte d'Assise (art. 12 del Codice di procedura penale). — Sono sempre di cognizione della Corte d'Assise, qualunque sia l'età dell'imputato, i delitti speciali indicati nei numeri 1 a 4 dell'articoli 9 modificati del Codice di procedura penale, per la loro natura; e i delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'er-

gastolo, perchè rispetto ad essi la maggiore delle diminuzioni per ragioni di età risultante dall'art. 54 primo capoverso N. 1, richiamato nel primo periodo del capoverso dell'art. 58, importa la sostituzione all'ergastolo della reclusione da sei a quindici anni.

Rimangono di cognizione della Corte d'Assise i delitti, per i quali la legge stabilisce una pena temporanea non inferiore nel minimo a sei anni o superiore nel massimo ad anni 12 per il minore fra i 18 e i 21 anni e per il sordomuto che ha compiuti i 21 anni ed agi con discernimento (art. 56, 58 cap. ultimo periodo) essendo operativa la sola diminuzione di un sesto.

Rimangono anche di cognizione della Corte d'Assise i delitti per i quali la legge stabilisce una pena temporanea superiore agli anni 12 per il minore fra i 14 ed i 18 anni e per il sordomuto fra i 18 ed i 21 che agi con discernimento (art. 55 parte prima n. 2 primo periodo e 58 capoverso periodo secondo).

In tutti gli altri casi i delitti che per il maggiorenne sarebbero di competenza della Corte d'Assise, restano *ope legis* di cognizione del Tribunale per ragione dell'età dell'imputato non possono essere giammai di cognizione del Pretore, per essere esclusi dalla di lui giurisdizione, tutti i delitti compresi nell'articolo 9 del Codice di procedura penale (art. 44 capoverso dello stesso Codice).

16. Tribunale (art. 10 Codice proc. pen.) — Sono competenti a giudicare:

1°. Tutti i delitti non compresi negli articoli 9 ed 44 del Codice di procedura penale modificati coll'articolo 20 delle disposizioni per l'attuazione del Codice Penale; e quindi anche il delitto di bancarotta fraudolenta preveduta nell'art. 864 cap. 2° del Codice di Commercio, quando non si tratti di casi più gravi, e sia perciò punibile colla reclusione dai tre ai 10 anni;

2°. Tutte le contravvenzioni previste nella legge sulla stampa (oltre dei delitti di stampa non compresi nell'art. 9;

3°. Tutte le contravvenzioni prevedute nelle leggi speciali, per le quali sia stabilito una pena restrittiva della libertà personale superiore nel massimo a due anni, od una pena pecuniaria superiore nel massimo alle lire duemila;

4° Tutti i delitti e le contravvenzioni che sarebbero di cognizione del Pretore, ma che per disposizione di legge speciale sono attribuiti alla cognizione del Tribunale penale;

5°. Tutti i delitti che a termine del n. 5 dell'art. 9 sarebbero di cognizione della Corte d'Assise, ma che rimangono di competenza del Tribunale per le diminuzioni di pena dovute in ragione dell'età dell'imputato.

17. Pretori — La competenza dei Pretori è regolata dagli articoli 44 e 252 del Codice di procedura penale a cui rimandiamo per brevità. Non possiamo però dimenticare che un progetto presentato al Senato dal ministro Calenda mira ad aumentare la competenza dei pretori tanto in materia civile lire (5000) quanto in materia penale.

Quest' ultima salirebbe ad un anno di reclusione o detenzione, ai 3 anni di confine, alle 3000 lire di multa ed alle 5000 di ammenda.

Con altro progetto poi si vuole introdurre nella nostra legislazione, ad imitazione dell' austriaca e della germanica, l'istituto della procedura per *ingiunzione penale*, ovvero per *decreto del giudice* (Strafbefehl).

Questa forma è limitata a quelle contravvenzioni in cui la pena nel caso speciale non potrebbe essere che mitissima; arresto fino a 5 giorni, ammenda fino a lire 100. Si dà in questi casi al pretore la facoltà di emettere un decreto con cui *senza che si sia proceduto ad un pubblico giudizio*, si pronunzia la pena dell'arresto o dell'ammenda nei limiti sopraindicati. Questo decreto è opponibile dal contravventore, ma acquista l'efficacia di sentenza passata in giudicato qualora non vi sia stata opposizione

ovvero il contravventore non siasi presentato o fatto rappresentare all'udienza, che in seguito ad opposizione sia stata dal pretore stabilita. All'opposizione dell'imputato fa riscontro l'invito del procuratore del Re al pretore di revocare il decreto, qualora gli sembri che sia il caso di dover procedere secondo le norme ordinarie.

18. Eccezioni ed estensioni al foro competente. —

1. Art. 37 — reati imputati ai giudici od al Pubblico Ministero.

2. — art. 621 e seguenti Codice procedura penale e 398 Codice penale — reati commessi all'udienza ;

3. — art. 778 - 781 trasgressione del confine e sorveglianza speciale ;

4. — articoli 766 a 777 — rimessione della causa da un magistrato all'altro per motivi di legittima suspizione o di pubblica sicurezza ;

5. — art. 668 - 667 — rinvio dietro annullamento ;

6. — art. 762 — Recusazione od astensione ;

7. — art. 29 - 30 — competenza speciale per l'istruzione delle prove.
